

I meccanismi di remunerazione della capacità di generazione elettrica e la disciplina sugli aiuti di Stato: alcune osservazioni critiche sugli orientamenti della Commissione europea.

di Eugenio Bruti Liberati

Sommario: 1. I CRM e le forme di controllo sulla loro compatibilità euro-unitaria. La posizione della Commissione UE. 2. Critica alla posizione della Commissione: i CRM non implicano sempre e necessariamente un aiuto di Stato. 3. Armonizzare i CRM è legittimo ma va fatto nelle forme corrette.

1. I CRM e le forme di controllo sulla loro compatibilità euro-unitaria. La posizione della Commissione UE.

Tra i diversi, non lievi problemi giuridici sollevati dall'introduzione in molti Paesi europei di meccanismi di remunerazione della capacità di generazione elettrica, una questione che è stata sinora apparentemente sottovalutata, e che sembra invece di notevole rilievo, è quella attinente alla qualificazione – necessaria o solo eventuale - degli stessi come misure riconducibili alla disciplina sugli aiuti di Stato e al connesso tema dei modi in cui deve avvenire il controllo sulla loro compatibilità con la normativa dettata dall'Unione Europea.

E' noto che con l'espressione "meccanismi di remunerazione della capacità" (di seguito, anche CRM) s'intende riferirsi in generale a quelle discipline che, allo scopo di ottenere che gli operatori mantengano in esercizio gli impianti di produzione elettrica di cui sono titolari oppure realizzino nuova capacità produttiva, riconoscono ai medesimi – in forme e con

modalità che possono variare significativamente nei diversi casi¹ – un qualche corrispettivo o contributo.

E' altresì noto che la recente, più ampia diffusione di tali meccanismi trova la sua causa principale nei profondi cambiamenti determinati nelle dinamiche dei mercati elettrici dalle politiche di incentivazione delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica, oltre che dalla riduzione della domanda derivante dalla crisi economica avviata nel 2008: fenomeni che nel loro insieme hanno reso non più redditizia (o addirittura non più sostenibile economicamente) la gestione di non pochi impianti produttivi che utilizzano tecnologie e fonti convenzionali, con il conseguente rischio che gli stessi vengano dismessi in misura tale da mettere in pericolo - in un futuro più o meno prossimo - l'adeguatezza della capacità disponibile rispetto alla domanda e dunque la sicurezza del sistema elettrico².

Le misure progettate o adottate da molti Stati membri dell'Unione Europea per scongiurare tale pericolo devono ovviamente tenere conto e rispettare i principi e le regole dettate dall'Unione, e anzitutto quelle poste a presidio delle libertà di circolazione e della concorrenza nel mercato interno. La tutela della sicurezza energetica dei singoli Stati non può naturalmente tradursi in soluzioni di stampo protezionistico, che avvantaggino indebitamente i produttori nazionali rispetto a quelli degli altri Paesi europei, o comunque in misure che limitino o alterino le dinamiche competitive, se non nei casi e alle condizioni consentiti dalle norme dei Trattati.

Si pone quindi il problema dei modi in cui il relativo controllo di compatibilità deve avvenire: se nelle forme di una verifica ex post del rispetto delle regole sulle libertà di

¹ Per una classificazione dei diversi tipi di CRM v. la *“Relazione intermedia relativa all'indagine settoriale sui meccanismi di capacità”* pubblicata dalla Commissione in data 13 aprile 2016 (in particolare pp. 11 ss.), che prende in considerazione i meccanismi progettati o adottati da undici Stati membri.

² L'eventuale dismissione di impianti produttivi che utilizzano fonti non rinnovabili potrebbe incidere negativamente sulla sicurezza del sistema elettrico anche sotto il profilo di una riduzione nella disponibilità che funzionano in modo flessibile, necessari (quanto meno) per sostenere produzione da fonti rinnovabili intermittenti, come il solare e l'eolico (al riguardo v. ancora la citata *“Relazione intermedia relativa all'indagine settoriale sui meccanismi di capacità”*, in particolare a pag. 9).

circolazione e sulla tutela della concorrenza, o invece in quelle – speciali e assai diverse – del sindacato ex ante relativo agli aiuti di Stato, previste dagli artt. 107 ss. TFUE³. Problema che ha carattere procedurale ma che evidentemente presuppone e sottende la questione sostanziale della qualificazione dei CRM come misure che implicano *solo eventualmente* oppure *sempre e comunque* un aiuto di Stato⁴.

Nella sua comunicazione del 28 giugno 2014, inerente alla “*Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell’ambiente e dell’energia 2014-2020*”, la Commissione europea sembra dare per scontato che tale controllo di compatibilità debba necessariamente essere operato secondo la disciplina concernente gli aiuti di Stato, del tutto indipendentemente dai contenuti specificamente attribuiti dai singoli Stati membri al CRM da esso previsto. E la stessa impostazione sembra emergere sia dalle modalità con cui la verifica in questione è stata in concreto svolta e si sta oggi svolgendo rispetto ai diversi Paesi europei interessati⁵, sia dalla “*Relazione intermedia relativa all’indagine settoriale sui meccanismi di capacità*” pubblicata dalla Commissione in data 13 aprile 2016.

Vi sono tuttavia valide ragioni per dubitare che tale approccio – nella sua assolutezza – sia corretto, e per ritenere invece che la riconducibilità dei CRM alla materia degli aiuti sia solo eventuale e potenziale e dipenda in definitiva dai caratteri effettivi delle relative discipline nazionali.

³ Sulla procedura di controllo sugli aiuti di Stato v. in dottrina, tra gli altri, G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell’attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.* 1993, pp. 410 ss.; O. PORCHIA, *Procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; L. BELLODI – D. GRESpan, *La procedura in materia di aiuti*, in TOSATO - BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, pp. 339 ss.; M.L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell’Unione Europea: dal controllo all’enforcement*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, pp. 381 ss..

⁴ Sulla nozione di aiuti di Stato v. C. MALINCONICO, *Tutela della concorrenza e aiuti di Stato nell’ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.* 1992, pp. 431 ss.; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, pp. 129 ss.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, pp. 21 ss.; C. KOENIGG – J. KUHLING, *EC Control of aid granted by State resources*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2001, pp. 7 ss.; T. VON DANWITZ, *The concept of State Aid in the Liberalised Sectors*, *EUI Working Paper Law 2008/28*; TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, VII ed., Padova, 2012, pp. 812 ss..

⁵ Paesi interessati che, allo stato, dovrebbero essere undici (si veda il relativo elenco nella menzionata Relazione intermedia della Commissione, p. 5).

2. *Critica alla posizione della Commissione: i CRM non implicano sempre e necessariamente un aiuto di Stato.*

E' noto che perché una misura possa costituire in aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE occorre – tra l'altro – che la stessa attribuisca ad una o più imprese un “vantaggio economico”, e più esattamente un vantaggio economico “selettivo” che non avrebbero ottenuto con la loro normale attività⁶.

Nella Comunicazione della Commissione del 2014 il tema della sussistenza di tale condizione ai fini della qualificazione come aiuti dei CRM non viene affrontato – e del resto, più in generale, la questione relativa a tale qualificazione non è direttamente considerata e sembra invece risolta in senso affermativo in via del tutto implicita⁷.

Nel Provvedimento della Commissione inerente al CRM inglese⁸, il problema è invece affrontato in modo specifico, ma è poi risolto assai sbrigativamente. La Commissione si limita infatti ad osservare che *“an advantage, within the meaning of Article 107(1) TFEU, is any economic benefit which an undertaking would not have obtained under normal market conditions, i.e. in the absence of State intervention. The notified measure will allow capacity providers to receive an additional compensation beyond that which they would obtain in the*

⁶ Sulla nozione di “vantaggio economico” v. anzitutto la *“Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea”* (2016/C262/01), par. 66 ss.. In giur. v., di recente, Corte Giustizia, I sez., 26 ottobre 2016, in causa C-211/15 P, *Orange c. Commissione europea*; Corte Giustizia, VI sez., 30 novembre 2016, in causa C-486/15 P, *Commissione europea c. Repubblica francese, Orange, Repubblica Federale di Germania*; Corte Giustizia, 21 dicembre 2016, I sez., in causa C-131/15 P, *Club Hotel Loutraki e altri c. Commissione*. Fondamentale è anche la giurisprudenza formatasi in relazione al tema della compensazione degli obblighi di servizio pubblico posti in capo alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, su v. infra nel testo e alle note 13 e 14.

⁷ Nello stesso senso v. anche HANCHER, *Capacity Mechanisms and State Aid Control. A European Solution to the Missing Money Problem?*, in L. HANCHER, A. DE HAUTECLIQUE, M. SADOWSKA (edited by), *Capacity Mechanisms in the EU Energy Market*, Oxford University Press, 2015, p. 162.

⁸ E.C. 29 luglio 2014, State Aid SA. 35980 (2014/N-2) – United Kingdom- Electricity Market Reform – Capacity Market

electricity market (BETTA – described in section 2.8 above). The notified measure will therefore confer an economic advantage to these undertakings” (par. 102)⁹.

La tesi della Commissione, quale emerge da tale passaggio del Provvedimento, è dunque che un CRM (nel caso in questione, appunto quello inglese) implica un aiuto di Stato per il solo fatto di permettere ai fornitori di capacità di ricevere un compenso aggiuntivo rispetto a quello che otterrebbero sul mercato elettrico.

L'organo comunitario non sembra in alcun modo sfiorato dal dubbio che tale compenso sia in realtà diretto a remunerare una prestazione a sua volta aggiuntiva del fornitore, che mette a disposizione del sistema una capacità di generazione che altrimenti potrebbe liberamente decidere di non fornire o addirittura di dismettere.

E in effetti, secondo quanto emerge anche dal Provvedimento della Commissione, nel caso inglese la remunerazione prevista dal CRM costituisce proprio una contro-prestazione rispetto al servizio di fornitura di capacità reso dall'operatore: sembra pertanto da escludere che essa, di per sé, possa essere qualificata come un “vantaggio economico” aggiuntivo rispetto a quanto ottenibile dal mercato, fatta salva ovviamente la necessità di verificare se la misura di tale remunerazione sia definita o non sia definita sulla base di condizioni di mercato. E' infatti chiaro che se il compenso contemplato dal CRM eccedesse nel quantum la somma coerente con criteri di mercato ovvero prescindesse del tutto dagli stessi, allora si sarebbe realmente in presenza di un “vantaggio economico” e dunque di un aiuto.

La Commissione, peraltro, nella sua Comunicazione del 2014 e poi nel Provvedimento concernente la Gran Bretagna, sembra palesemente assumere che tale verifica specifica sia irrilevante ai fini della qualificazione del CRM come aiuto¹⁰ e dunque ritenere che qualsiasi

⁹ Il paragrafo citato nel testo (sottolineatura aggiunta) è inserito nella sezione 3 (*Assesment of the measure*) del Provvedimento e in particolare nel punto 3.1.2 (*Economic advantage conferred on certain undertakings or the production of certain goods (selective advantage)*).

¹⁰ Nell'ottica della Commissione, la suddetta verifica assume invece rilievo – come si vedrà subito nel testo – solo agli effetti della valutazione sull'ammissibilità del CRM.

remunerazione prevista da un CRM comporti sempre e comunque un vantaggio economico e vada pertanto qualificata come aiuto.

Significativa, al riguardo, è anzitutto la previsione contenuta nel paragrafo 225 della Comunicazione, ove si afferma che *“l’aiuto dovrebbe compensare unicamente il servizio di disponibilità offerto dal produttore, ossia l’impegno a rendersi disponibile a fornire energia elettrica, e la retribuzione per tale servizio, ad esempio sotto forma di remunerazione per MW di capacità resa disponibile”*. E poi anche la prescrizione di cui al successivo paragrafo 229, secondo cui *“una procedura di gara competitiva basata su criteri chiari, trasparenti e non discriminatori, che miri all’obiettivo definito, sarà considerata modalità adeguata per stabilire tassi di rendimento ragionevoli in circostanze normali”*; nonché quella di cui al paragrafo 231, in forza del quale *“la misura dovrebbe essere impostata in modo tale da garantire che il prezzo corrisposto per la disponibilità tenda automaticamente allo zero se si prevede che il livello di capacità fornito sia adeguato al livello di capacità richiesto”*.

Risulta inequivocabilmente da queste prescrizioni che, ad avviso della Commissione, la remunerazione contemplata dai CRM dovrebbe: a) porsi in rapporto sinallagmatico con il servizio di disponibilità reso dal produttore; b) essere tendenzialmente determinata mediante una procedura di gara competitiva; c) essere in linea di principio azzerata se la capacità offerta coincide con quella richiesta.

Se tali sono per la Commissione i caratteri che i CRM devono possedere per essere ammissibili, non si vede francamente quale sarebbe, per gli operatori interessati, il vantaggio economico aggiuntivo la cui esistenza è richiesta per giustificare la qualificazione della misura come aiuto. La realtà è che, alle condizioni delineate dalla Comunicazione, i CRM appaiono

piuttosto come meccanismi di mercato diretti a consentire agli organi competenti di acquisire le prestazioni indispensabili per garantire la sicurezza del sistema elettrico¹¹.

Non sembra pertanto che vi siano ragioni valide per ritenere che il controllo sulla compatibilità di tali meccanismi con le regole euro-unitarie debba sempre e comunque avvenire nelle forme previste per gli aiuti di Stato. Solo se e nella misura in cui il contenuto concreto degli stessi, discostandosi dalle indicazioni della Comunicazione – che del resto è pur sempre solo un atto di *soft-regulation*¹² -, sia tale da configurare un effettivo vantaggio economico per i destinatari, sembrerebbe corretto ritenere applicabili gli artt. 107 ss. e quindi l'obbligo di notifica preventiva della misura e il divieto di dare esecuzione alla misura prima che la Commissione abbia adottato la sua decisione finale al riguardo.

3. Armonizzare i CRM è legittimo ma va fatto nelle forme corrette.

La scelta della Commissione di impostare il controllo sulla conformità euro-unitaria dei CRM nei termini sopra illustrati non sembra casuale né è, verosimilmente, il frutto di un mero errore interpretativo.

Per certi aspetti tale scelta richiama alla mente la diatriba giurisprudenziale e dottrinale in merito alle modalità del controllo sulle compensazioni per gli obblighi di servizio pubblico previste dalle legislazioni nazionali, per i quali – com'è opportuno ricordare – è stato a lungo incerto o comunque discusso se esso dovesse svolgersi secondo le linee tracciate dagli artt. 107 ss. o oppure dovesse concretarsi in una verifica *ex post* sulla base dell'art. 106, secondo comma, TFUE¹³.

¹¹ V. infatti, con riferimento al CRM francese, la decisione del Conseil d'Etat del 9 ottobre 2015, che ne ha escluso la natura di aiuto di Stato.

¹² Sulla *Soft Regulation* v. di recente, in dottrina, G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*; M. RAMAJOLI, *Self Regulation, Soft Regulation e Hard Regulation nei mercati finanziari*; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, tutti su *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016.

¹³ V. sul tema, in dottrina, A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato (Dir. Com.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 197 s.; G. ROZET, *La notion d'aide d'Etat en question. Un*

Non è senza rilievo, anche ai fini qui in esame, rilevare che la conclusione a cui la Corte di Giustizia e la stessa Commissione europea sono in quel caso pervenute è stata - in linea di principio - la seconda, proprio sul presupposto che una compensazione puntualmente commisurata al valore della prestazione di servizio pubblico non costituisce un aiuto.

Tale conclusione, ampiamente argomentata dalla Corte e dalla dottrina¹⁴, avrebbe forse dovuto essere maggiormente considerata dalla Commissione prima dell'adozione della Comunicazione del 2014.

E' ovvio, d'altra parte, che la soluzione accolta offre ad essa indubbi vantaggi quanto alla possibilità di indirizzare le scelte degli Stati membri in ordine ai CRM: grazie all'obbligo di notifica preventiva, che porta con sé la prassi delle pre-notifiche e delle conseguenti negoziazioni preventive, alla clausola di *standstill* e alla circostanza che entrambe tali regole divengono - in forza dell'impostazione seguita dalla Commissione - applicabili a tutto il meccanismo di CRM e non solo a quelle specifiche parti dello stesso che siano eventualmente qualificabili come aiuti, la capacità della Commissione di incidere sui contenuti dei sistemi di remunerazione progettati dagli Stati e di uniformarli sulla base del modello da essa preferito è ovviamente assai più elevata di quella che la Commissione avrebbe se esercitasse il suo sindacato in via successiva.

E' peraltro assai dubbio che tale modo di procedere possa essere considerato corretto e conforme alle regole dei Trattati. Nulla evidentemente esclude che la Commissione

debat suscit  par le financement des services d'int ret économique g neral, in *Gazette du Palais*, 2003, p. 2094 s.; G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato ed interessi generali*, 2009; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, pp. 631 ss.;

¹⁴ In dottrina v. ampiamente GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., in part. pp. 638 ss.. In giurisprudenza, tra le molte sentenze sul tema, v. almeno Corte Giustizia, 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark*; nonch  Tribunale primo grado, III sez. ampliata, 12 febbraio 2008, in Causa T-289/03, *British United Providence Association (BUPA)*.

possa farsi promotrice dell'adozione di una normativa di armonizzazione in materia di CRM¹⁵. Stupisce tuttavia che tale obiettivo di uniformazione dei sistemi nazionali venga perseguito attraverso un'estensione – indebita nella sua radicalità e non adeguatamente argomentata sul piano giuridico – dell'ambito di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato.

Tanto più che, seguendo questa via, all'impropria compressione delle competenze degli Stati si aggiunge il rischio di ingenerare equivoci concettuali e legali di rilievo non marginale. Ad esempio, prendendo alla lettera le indicazioni contenute nella Comunicazione del 2014, e in particolare le sopra ricordate prescrizioni dettate dai paragrafi 229 e 231 della medesima¹⁶, potrebbe ritenersi che qualunque CRM che non preveda un sistema d'asta competitiva per la determinazione della remunerazione dei servizi di capacità oppure che contempli un sistema di *floor* che impedisca il formarsi di un compenso pari a zero sia in quanto tale sicuramente inammissibile.

E' invece vero che tali deroghe rispetto al modello – certo ottimale sul piano concorrenziale – delineato dalla Commissione implicano normalmente una forma di aiuto di Stato, come tale sicuramente da notificare ai sensi dell'art. 107 TFUE, ma che potrebbe peraltro risultare ammissibile laddove ricorrano le condizioni richieste dall'art. 107, commi 2 o 3, o eventualmente anche quelle di cui all'art. 106, comma 2, TFUE.

La generalizzata qualificazione come aiuti di Stato dei meccanismi di remunerazione della capacità non ha dunque solo le rilevanti conseguenze di carattere procedurale che si sono sopra richiamate – tra l'altro, com'è bene evidenziare nuovamente, imponendo la notifica preventiva di tutto il CRM e non soltanto di quelle sue specifiche componenti che

¹⁵ Tale sembrerebbe in effetti l'intenzione, per il futuro, della Commissione (si veda in tal senso la Comunicazione *"Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici"*, 25 febbraio 2015, COM(2015) 80.

¹⁶ Ricordo che, in forza del paragrafo 229, *"una procedura di gara competitiva basata su criteri chiari, trasparenti e non discriminatori, che miri all'obiettivo definito, sarà considerata modalità adeguata per stabilire tassi di rendimento ragionevoli in circostanze normali"*; e che per il successivo paragrafo 231 *"la misura dovrebbe essere impostata in modo tale da garantire che il prezzo corrisposto per la disponibilità tenda automaticamente allo zero se si prevede che il livello di capacità fornito sia adeguato al livello di capacità richiesto"*.

siano eventualmente definibili come aiuti -, ma finisce anche per escludere a priori, e non a seguito di un esame puntuale, la legittimità di qualsiasi previsione che abbia realmente, in concreto, il contenuto di un aiuto.

Anche sotto questo profilo, la compressione degli spazi di manovra spettanti agli Stati membri in forza della disciplina europea oggi vigente appare eccessiva; e davvero occorre chiedersi se, anche prescindendo dai profili di stretta legittimità, tale evidente forzatura possa ritenersi, a maggior ragione nell'attuale contesto di minore consenso per l'azione delle istituzioni europee, ragionevole e opportuna.