

Evento 3/20

Lunedì 9 maggio 2022

Pomeriggio 14:00 / 16:30

La sfida della decarbonizzazione per la neutralità climatica

Comunità energetiche, autoconsumo e reti private: il ruolo di imprese, PA e consumatori

(Workshop - Auditorium)



PROGRAMMA:

Le diverse tipologie di autoconsumo

(G. Ciaccia, responsabile unità EFR, ARERA)

Fiscalità dei prodotti energetici

(A. Sgroi, Fieldfisher)

La tassazione dei prodotti energetici come leva alla transizione e all'impiego di fonti rinnovabili

(D. Bellosi, Agenzia delle Accise, Dogane e Monopoli)

Comunità energetiche rinnovabili: un'opportunità di sviluppo del territorio

(G. Petronio, funzione Promozione e assistenza alle imprese GSE)

I profili giuridici e contrattuali delle comunità energetiche

(G. Castorina, Fieldfisher)

Comunità energetiche: il ruolo delle ESCo

(G. Cantarella, responsabile comunità energetiche AssoESCo)

Comunità energetiche: esempi applicativi

(S. Capuzzo, presidente coop Ènostra)

Italian Forum of Energy Communities - IFEC

(P. D'Ermo, segretario generale WEC Italia)

Comunità energetiche: modelli di sviluppo e aspetti economici

(C. Fabbri, direttore Centrale Mercato di Hera Spa e amministratore delegato di Estenergy)

Piattaforme digitali per le comunità energetiche

(S. Nassuato, direttore commerciale Regalgrid Europe)



fieldfisher

I profili giuridici e contrattuali delle comunità energetiche

9 maggio 2022

Avv. Giorgio Castorina

Quadro giuridico di riferimento



Un'energia (cioè un bene di interesse generale) **prodotta in una comunità** (intesa come territorio), **da una comunità** (intesa come ente produttore governato da una comunità), **per una comunità** (intesa come insieme di persone fisiche stabilmente legate a un territorio, eventualmente tramite enti costituiti da loro stesse)

- “... forme di **cooperazione tra cittadini o attori locali**”
- “Dovrebbe pertanto essere possibile per gli Stati membri prevedere che le comunità energetiche dei cittadini possano essere costituite **in forma di qualsiasi soggetto giuridico, per esempio di associazione, cooperativa, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro o piccole o medie imprese, purché tale soggetto possa esercitare diritti ed essere soggetto a obblighi in nome proprio**” (Considerato n. 44 della Direttiva 944/2019)

Le discipline finora introdotte (art. 42-bis, Delibera n. 318/20 e D.Lgs. 199/2021) prevedono che i clienti finali associati alla CER **“regolino i rapporti tramite un contratto di diritto privato, che tenga conto di quanto riportato nei precedenti alinea, e che individui univocamente un soggetto delegato, responsabile del riparto dell'energia elettrica condivisa”**. A tale soggetto delegato i clienti finali potranno, inoltre, demandare la **gestione delle partite di pagamento e di incasso** verso i venditori e il GSE.

Il Legislatore e il Regolatore hanno dunque deciso di lasciare alla **totale disponibilità delle parti la decisione circa la forma giuridica più idonea da adottare nella costituzione di una CER.**

Soggettività giuridica

- **CER soggetto distinto dai partecipanti:** come prescrive l'incipit degli artt. 2, punto 16), direttiva 2018/2001/UE che parla di *“soggetto giuridico”*, dunque distinto rispetto ai suoi singoli *partecipanti*

Scopo

- *“fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari”* (art. 31 D.Lgs. 199);
- deve **perseguire uno scopo mutualistico** in favore dei propri membri ovvero, in aggiunta o in alternativa, **uno scopo altruistico** in favore del territorio/popolazione;
- **non** può avere come obiettivo principale il perseguimento dello **scopo di lucro, ma solo un'accessoria finalità lucrativa.**

Requisiti soggettivi

- *“gli azionisti o membri sono persone fisiche, piccole e medie imprese, enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali (...)” (art. 42-bis, co. 3, lett. b, del D. Lgs. 162/2019)*
- *“la comunità è un soggetto di diritto autonomo e l’esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale (...) “che sono situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di cui al comma 2, lettera a)” (art. 31, comma 1 lett. b) del D.Lgs. 199/2021)*

Modello aperto

- **La Direttiva 2018** prevedeva già che la partecipazione alla CER dovesse essere “aperta e volontaria” (art. 2, co. 16).
- riconfermato nel **D.Lgs. 199/2021**, che prevede che *“la partecipazione alle comunità energetiche rinnovabili è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, fermo restando che l’esercizio dei poteri di controllo è detenuto dai soggetti aventi le caratteristiche di cui alla lettera b)”*.

Recesso

- **Il D.Lgs. 199/2021 (art. 32, co-1 lett. b))** prevede che: *“i membri della CER possono recedere in ogni momento, fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati”*

Natura imprendit.

- Le comunità energetiche sono per certi versi qualificabili come **imprenditori energetici**.
- La loro organizzazione aziendale dovrà pertanto essere concepita in modo da **garantire almeno l'economicità delle loro attività** o, detto diversamente, la qualificazione di almeno una delle loro attività come impresa secondo il diritto dell'Unione europea.

Modello «altruistico»

- Le comunità devono **offrire a chiunque** la loro produzione di beni o servizi (i.e. l'energia).
- Ciò non significa però che le comunità siano costrette a trattare, nello scambio commerciale, i membri della comunità energetica allo stesso modo degli altri contraenti.

Enti pubblici

- La partecipazione degli enti pubblici è **da valutare con molta attenzione**.
- L'ingresso di pubbliche autorità locali (come «le amministrazioni comunali») nelle comunità energetiche è **espressamente consentito** se non, come vedremo, **promosso**.
- Volta a rendere più **efficace l'azione collettiva dei consumatori** domestici in una logica di sussidiarietà orizzontale

Possibili forme giuridiche delle CER

Quali forme giuridiche conosciute nell'ordinamento giuridico italiano sono accostabili alle CER?

Il legislatore nazionale non ha introdotto la qualifica imprenditoriale di CER, da attribuire a modelli societari comuni.

Per quanto riguarda le persone fisiche o giuridiche private i regimi giuridici che **risultano compatibili** possono essere quelli rientranti nei modelli contrattuali:



Tale forma societaria consente:

- sia l'ingresso che l'uscita dei membri della comunità,
- il perseguimento di uno **scopo altruistico**
- un **metodo democratico attraverso il voto capitario**.

Rappresenta il modello più diffuso nei primi pochi progetti sviluppati finora.

- diverse forme consentite dal **Codice del Terzo Settore**:
- «Attività di **interesse generale** in forma di azione volontaria (...) o di **mutualità** o di produzione o scambio di beni o servizi».
- persegue "interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle **condizioni dell'ambiente** e all'utilizzazione accorta e **razionale delle risorse naturali**".
- Non può essere controllata da amministrazioni pubbliche o da società



Tale forma societaria:

- **non presuppone la necessità di perseguire lo scopo lucrativo**;
- può avere **come soci** persone fisiche, enti di diritto pubblico o privato, consumatori e imprenditori;
- permette regola del **voto capitario**, con il rispetto quindi del principio democratico



Forme giuridiche incompatibili con le CER

I modelli di enti che invece appaiono incompatibili con le CER sono senz'altro:



Contratto di rete
(DL n. 5/2009)

Consorzio
(Artt. 2612 cc.)

*Società consortile in
forma di società
lucrativa (art. 2615-ter
c.c.)*

Sono incompatibili in quanto i membri della CER possono (e per certi versi devono) **essere anche cittadini persone fisiche** mentre questi due contratti impongono ai contraenti di **rivestire la qualifica civilistica di imprenditore o di professionista**



e società con scopo di lucro?



La Dottrina e le società benefit



Contrasto



Considerazioni



Conclusioni

- Accanto alle finalità proprie lucrative e di divisione degli utili, **affiancano finalità sociali, destinando a tali scopi una parte degli utili;**
- Amministrate in modo da **bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie di beni sociali protetti** dalla norma;
- **individua il soggetto** per il perseguimento delle suddette finalità.

La CER costituita in forma di Srl troverebbe nella disciplina delle società benefit un riferimento, forse anche una legittimazione, che **sembrirebbe a priori esclusa dal fatto che la S.r.l., per sua natura, deve perseguire uno scopo di lucro e non può limitarsi a perseguire benefici ambientali, economici o sociali.**

Tale forma giuridica è **meno aderente al modello di CER voluto dal legislatore europeo.** Il rapporto tra attività a fini di lucro e attività “altre” è sbilanciato a favore delle prime.

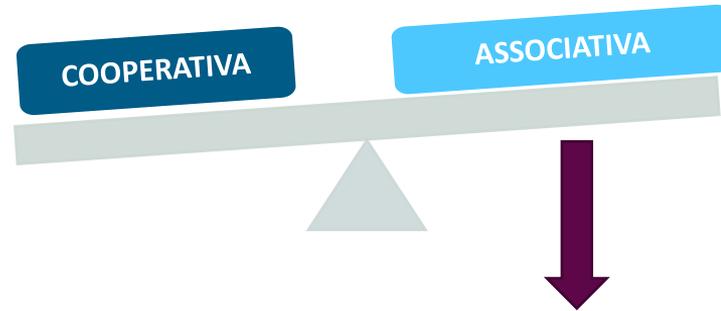
Le CER possono avere una secondaria finalità di conseguire utili, anche e soprattutto per rientrare degli investimenti effettuati, ma in ogni caso lo **scopo principale deve essere quello del perseguimento dei benefici ai membri e al territorio di riferimento della comunità.**

- **Possibilità di creare un modello “aperto”.** A tal fine occorre premettere che l’ordinamento non conosce modelli totalmente “aperti”. Ciò dovrà essere dunque garantito attraverso **particolari clausole** inserite nel contratto costitutivo di una cooperativa o di un’associazione, di una fondazione o di una società (in forma) lucrativa.
- Il tutto dovrà **coniugarsi con la disciplina di ingresso di nuovi soci o associati prevista per il tipo sociale prescelto**, che in generale appare maggiormente macchinosa con riguardo alle società lucrative (che presuppone una previa delibera di aumento del capitale) rispetto alle società mutualistiche, quali le cooperative (che sono società a capitale variabile, nel senso che il capitale sociale non è determinato in un ammontare definito, ma è appunto variabile, in modo da consentire il libero ingresso e la libera uscita dei soci) o rispetto alle associazioni.
- Il **profilo dell’apertura**: carattere fondante della CER stessa, per come ideata dal Legislatore. Certamente, appare logico consentire la modulazione dell’apertura della comunità energetica in funzione dell’attività svolta dalla stessa.
- **Possibilità di recesso**, che tuttavia, dal momento che potrebbe comunque avere ripercussioni negative, venendo a mancare un apporto di capitale, potrà prevedere delle penali da corrispondere alla CER.
- Rapporti che la CER dovrà necessariamente instaurare con ARERA e GSE. Indipendentemente dalla proprietà dell’impianto, nei confronti del GSE **sarà la CER, intesa come soggetto di diritto autonomo, ad essere l’unica titolare di diritti e obblighi**. Con l’ovvia conseguenza che, a fronte del fatto che sarà la CER a percepire gli incentivi, sarà la stessa CER a dovere restituire, in caso di controlli svolti dal GSE nel tempo, gli stessi incentivi.

I modelli più idonei

Le forme al momento maggiormente rispondenti sembrano dunque essere sul fronte societario:

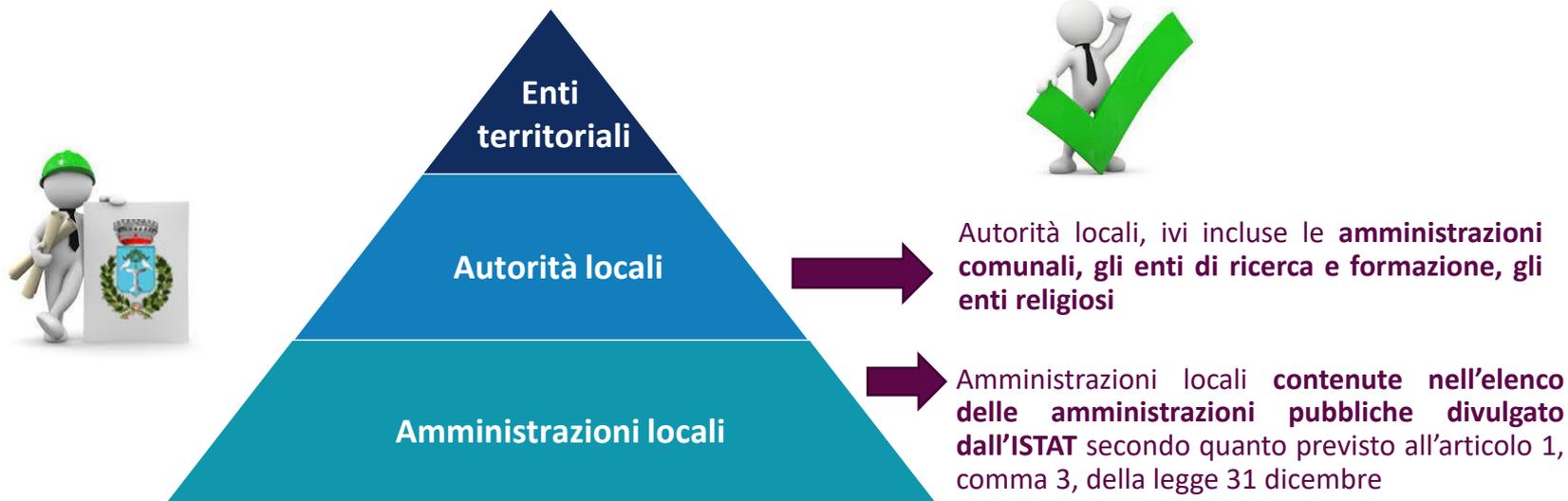
- **cooperativa**: risponde alle esigenze della finalità mutualistica e di lucro solo eventuale e di facilità dell'applicazione del meccanismo della partecipazione aperta;
- **associativa**, che infatti è la forma maggiormente diffusa nei primi progetti presentati.



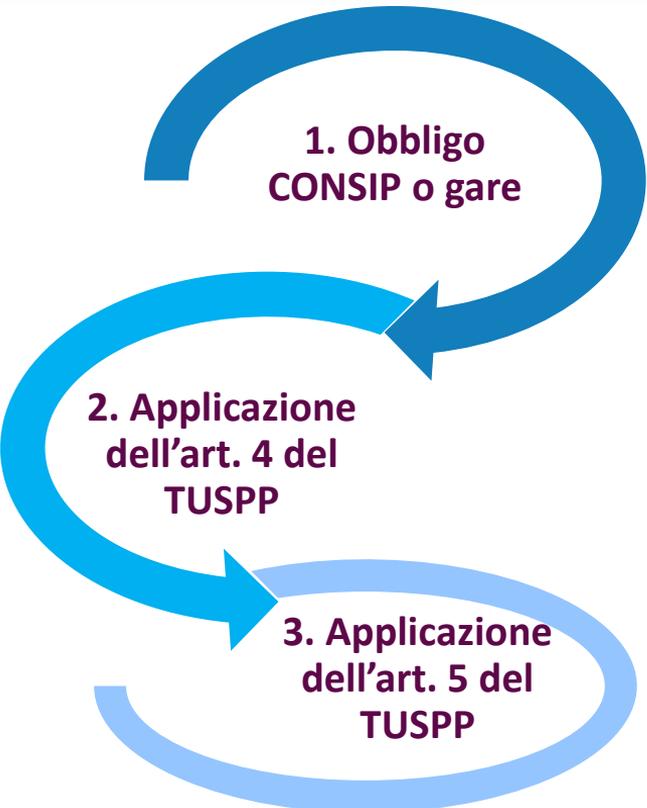
La **disciplina civilistica delle associazioni e delle fondazioni è stata infatti concepita per organizzazioni esercenti normalmente attività non economiche, mentre la comunità energetica deve essere un imprenditore.**

Una comunità energetica in forma associativa o fondazionale **rischia di essere governata da regole incapaci di tutelare in modo adeguato i diversi interessi coinvolti nell'esercizio delle proprie attività economiche e, in particolare, gli interessi dei propri creditori.**

Il **D.Lgs. 199/2021, all'art. 31**, specifica meglio le tipologie di **oggetti pubblici che possono partecipare a una CER**.
In particolare:



Piani particolareggiati e attuativi



1. Obbligo CONSIP o gare

2. Applicazione dell'art. 4 del TUSPP

3. Applicazione dell'art. 5 del TUSPP

L'art. 1, comma 7 del D.Lgs. 95/2012 prevede che *“con riguardo all’approvvigionamento di energia le amministrazioni pubbliche e le società a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica (...) sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali (...)”*.

Al riguardo, l’adesione da parte di un’amministrazione pubblica a una comunità di energia rinnovabile **non implica una deroga all’obbligo di cui sopra**, posto che, come abbiamo già avuto modo di ascoltare da ARERA e dal GSE, **è comunque una configurazione fondata su un modello virtuale di condivisione dell’energia**, dal momento che tutta l’energia condivisa è quella prodotta e immessa in rete e quella prelevata dalla rete.

L’eventuale applicabilità del TUSPP (D. Lgs. 175/2016) non costituisce un limite invalicabile, **occorrerà solo verificare che l’attività e la finalità rientrino tra le deroghe previste dall’art. 4**. Condizioni: (i) la società partecipata strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali dell’amministrazione partecipante (il cd. “vincolo di scopo”); (ii) la società partecipata svolga esclusivamente una delle attività elencate dal comma 2 del medesimo art. 4 TUSPP (il cd. “vincolo di attività”).

Il rispetto dei citati vincoli deve risultare dall’**analitica motivazione che l’amministrazione è chiamata a fornire nell’atto deliberativo ai sensi dell’art. 5**, atto che peraltro è sottoposto, previamente alla sua adozione, a forme pubbliche di consultazione e successivamente inviato alla Corte dei conti e all’AGCM.

Tali perplessità hanno determinato che la maggior parte delle CER che sono sorte **è stata svolta con la forma delle Associazioni non riconosciute**.

Patrimonio immobiliare comunale

Partecipazione degli Enti pubblici

- Specie nei casi in cui la CER preveda il coinvolgimento attivo dell'ente, e la realizzazione di impianti fotovoltaici che poi saranno di proprietà (o messi nella disponibilità) della CER, il Comune potrebbe immaginare di mettere a disposizione della CER il proprio patrimonio immobiliare, (terreni o tetti di edifici pubblici), al fine di installarvi l'impianto fotovoltaico.
- In tal caso, in base alla configurazione della CER o del terzo investitore, occorrerà verificare che tale circostanza non comporti l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica proprio per la concessione delle aree.

- La partecipazione degli enti pubblici alla costituzione o il favorire la costituzione di una CER rientra nelle finalità che la norma ha disegnato.
- Tale funzione può prevedere una maggiore o minore partecipazione degli enti



Grazie per l'attenzione

Milano

Via della Moscova, 3
20121 Milano
Tel +39 02.80673.1
Fax +39 02.89010836

Bologna

Viale A. Silvani, 6
40122 Bologna
Tel +39 051.99711
Fax +39 051.9971333

Venezia

Parco Scientifico Tecnologico Vega
Edificio Lybra
Via delle Industrie, 19
30175 Venezia Marghera (VE)
Tel +39 041.290571.1
Fax +39 041.2905770

Roma

Via Barberini, 47
00187 Roma
Tel +39 06.697757.1
Fax +39 06.69775720

Torino

Via Montecuccoli, 9
10121 Torino
Tel +39 011.41724.1
Fax +39 011.4172422

E-mail: info.italy@fieldfisher.com
www.fieldfisher.com

Sostenitori



Duezerocinquezero è promosso da:



Partner tecnico-scientifico: **fieldfisher** In collaborazione con: **advertendo**