

## Sanzioni Gse e voltura delle autorizzazioni (in attesa del Decreto Controlli)

L'analisi di *Monica Colombara e Cristina Martorana, partner* **Legance - Avvocati Associati**



Da tempo si attende la pubblicazione della versione aggiornata del cosiddetto Decreto Controlli che, in attuazione dell'articolo 42, comma 3 del Decreto Romani, come modificato dall'articolo 1, comma 960, della legge 205/2017 (finanziaria 2018) nonché dall'articolo 13 bis, commi 1 e 2, del DL 101/2019 convertito in legge 128/2019, dovrà declinare la misura delle decurtazioni tariffarie degli incentivi derivanti dalla violazione delle regole e requisiti di accesso non rilevanti al punto da determinare la decadenza.

La norma, che ha la finalità dichiarata di **salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili**, può essere anche definita uno strumento di “pace legale” rispetto alla misura della revoca degli incentivi che, nelle sue concrete applicazioni, si è rivelata spesso non aderente al principio di proporzionalità inteso come criterio generale di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità perseguite; principio spesso richiamato dalla Corte Costituzionale (non da ultimo, in materia, vedasi Corte Costituzionale 10 marzo 2017, n. 51 che ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale degli artt. 23, comma 3, e 43, comma 1, del Decreto Romani) e dalla giurisprudenza amministrativa per censurare l'operato del Gse (per tutte, Consiglio di Stato n. 2859/2018).

In mancanza di un testo definitivo del **Decreto Controlli** è sicuramente troppo presto per formulare un commento compiuto. Tuttavia le bozze che continuano a susseguirsi destano non poche perplessità. E ciò sia per il mantenimento di numerose categorie cui continua ad essere associata la sanzione della decadenza dall'incentivo, sia per l'infelice formulazione delle fattispecie rilevanti, tanto di quelle che determinano la decadenza, quanto di quelle che prevedono la decurtazione. Ne consegue che il Decreto Controlli, se confermato nella formulazione disponibile in bozza, non sembra costruire uno strumento efficace per superare le incertezze derivanti dall'ampio potere discrezionale del Gse. Peraltro, la sua applicazione farebbe registrare oggi conseguenze più penalizzanti di quelle sin qui applicate dal Gse in via di prassi (ad esempio nell'ipotesi di violazione della norma Salva Alcoa).

Tra la **lista delle violazioni** che prevedono una decurtazione percentuale della tariffa per l'intera durata del periodo di incentivazione balza all'occhio la cosiddetta "*voltura del titolo autorizzativo in data successiva a quella prevista ai fini dell'accesso agli incentivi*". Oltre alla cripticità dell'ipotesi, per cui risulta difficile prefigurarne la portata applicativa, desta perplessità la stessa inclusione tra le fattispecie rilevanti, sia pure di minore impatto in termini di percentuale di decurtazione che potrà essere prevista.

La sanzione della **decurtazione percentuale della tariffa rispetto alla voltura** denota, a nostro avviso, una mancanza di considerazione degli aspetti civilistici sottostanti al mutamento soggettivo, quale presupposto della voltura stessa, e si concretizza in un ingiustificato formalismo, che, tradisce peraltro lo spirito della legge 205/2017. La legge infatti, tenendo conto delle indicazioni del Consiglio di Stato in materia, afferma un principio secondo il quale la sanzione deve colpire esclusivamente le violazioni "rilevanti ai fini dell'accesso agli incentivi". Se lo scopo, dunque, è quello di stigmatizzare, secondo diverse gradazioni di responsabilità, situazioni che hanno arrecato indebito vantaggio agli operatori e/o determinato un ingiustificato esborso di danaro pubblico, viene da chiedersi quale sia, nel caso di specie, la violazione rilevante effettivamente commessa in ipotesi di voltura non simultanea al mutamento soggettivo del soggetto responsabile derivante da una legittima operazione societaria che determina il mutamento della titolarità soggettiva di un impianto incentivato.

È bene ricordare che la **voltura dell'autorizzazione** amministrativa – che, per quel che qui rileva, potrà essere un'autorizzazione unica emanata ai sensi del Dlgs 387/2003 o altro titolo che ai sensi delle norme applicabili legittimi la costruzione e gestione di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili – segue necessariamente un'operazione societaria che comporta il trasferimento dell'azienda intesa come complesso di beni e rapporti contrattuali cui l'autorizzazione si riferisce e che, ai sensi dell'articolo 2558 codice civile, determina anche il trasferimento della convenzione stipulata con il Gse. È pacifico, infatti, che nel nostro ordinamento non è ammesso il trasferimento di un'autorizzazione svincolato dall'azienda alla quale l'autorizzazione pertiene e che un simile atto sarebbe viziato da nullità. La voltura dell'autorizzazione segue quindi la stipulazione dell'atto con effetti civilistici; atto che potrà essere costituito da un trasferimento di azienda da una fusione o da una scissione.

Deve essere tenuto conto che, dal punto di vista civilistico, le **operazioni societarie potenzialmente rilevanti** si atteggiavano diversamente quanto al mutamento del soggetto giuridico rilevante. La più recente giurisprudenza in materia di fusione ha riconosciuto infatti che, alla luce del disposto dell'articolo 2504 bis, la fusione per incorporazione non determina l'estinzione della società incorporata né, in ipotesi di fusione paritaria, crea un soggetto giuridico nuovo, attuando viceversa l'unificazione mediante integrazione reciproca della società partecipanti alla fusione (Cassazione Sezioni Unite, 8 febbraio 2006 n. 2637). In tale ipotesi, quindi, si può dubitare della reale necessità di una voltura atteso che il soggetto beneficiario del diritto agli incentivi è il medesimo. Ciò nonostante, il manuale utente del Gse non tiene alcun conto di queste differenze, richiedendo in ogni caso l'evidenza della avvenuta voltura del provvedimento autorizzativo, ai fini del mantenimento del diritto agli incentivi a seguito di un'operazione societaria straordinaria.

Fermo restando il doveroso distinguo per l'ipotesi di fusione, in generale la voltura di un'autorizzazione determina la novazione soggettiva dell'autorizzazione stessa in capo a un soggetto che a seguito dell'operazione societaria detiene il ramo di azienda cui l'autorizzazione si riferisce. Ciò detto, è indubbio che l'atto di voltura non rappresenti un nuovo provvedimento autorizzativo, né richieda attività istruttoria che vada al di là del mero riscontro dei requisiti di carattere generale per

essere intestatari di autorizzazioni. La conseguenza pratica di tutto questo configura la voltura in capo al cessionario quale atto dovuto a seguito della comunicazione in tal senso all'autorità competente (in questo senso si è in generale espressa la giurisprudenza amministrativa e, tra le altre, Tar Puglia, Lecce 7 dicembre 2005 n. 5783, Consiglio di Stato 20 dicembre 2001 n. 6318). L'autorità chiamata alla voltura non esercita alcun potere discrezionale valutativo, limitando la propria verifica all'effettivo trasferimento dell'azienda.

Non è un caso che nel quadro regolatorio manchi una **disciplina puntuale del procedimento di voltura**, mentre da un punto di vista sistematico si registra un generale favore alla regolare prosecuzione dell'esercizio dell'azienda, pendente il procedimento di voltura dell'autorizzazione amministrativa. Caso emblematico è quello dell'Aia laddove è legislativamente previsto che *“nel caso in cui intervengano variazioni nella titolarità della gestione dell'impianto, il vecchio gestore e il nuovo gestore ne danno comunicazione entro trenta giorni all'autorità competente, anche nella forma dell'autocertificazione ai fini della volturazione dell'autorizzazione integrata ambientale”* (articolo 29-nonies, comma 4 Dlgs 152/2006). In particolare, la comunicazione congiunta dei gestori produce l'effetto, con efficacia costitutiva ex nunc, di trasferire l'Aia dal vecchio al nuovo gestore producendo quindi effetto retroattivo dal momento del subentro del nuovo al vecchio gestore alla gestione dell'impianto senza soluzione di continuità e l'ente non ha margini di discrezionalità nel rilascio della voltura (L. Giulivi, La voltura delle autorizzazioni ambientali in caso di trasferimento d'azienda: quali adempimenti? in [www.digesta.ambientale.it](http://www.digesta.ambientale.it)). La natura di atto dovuto della voltura dell'Aia è stata peraltro confermata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, 20 gennaio 2015, n. 163).

In sede ispettiva, il Gse ha tuttavia sanzionato con la **revoca degli incentivi** la mancanza di voltura conseguente ad un'operazione di trasferimento del ramo per effetto di una delle fattispecie traslative rilevanti. Secondo il Gse, gli incentivi non sono dovuti per il periodo intercorrente la data di trasferimento del ramo e la data in cui, a seguito della voltura, l'autorizzazione unica risulta intestata al nuovo soggetto. Il Gse equipara quindi il mancato completamento della procedura di voltura ad un'ipotesi di mancanza del titolo, derivante dal disallineamento tra soggetto responsabile e soggetto titolare dell'autorizzazione. La giurisprudenza amministrativa ha confermato la posizione del Gse senza valutare la rilevanza della fattispecie e omettendo di considerare la significatività della voltura quale atto dovuto, con ciò ponendosi in aperto contrasto rispetto a fattispecie del tutto simili, quali il trasferimento di altre autorizzazioni (ad esempio, l'Aia o le licenze di esercizio di un'attività commerciale). L'obiettivo di preservare un indebito esborso di denaro pubblico – come si evince dalla giurisprudenza di Tar e Consiglio di Stato (per citare solo le più recenti, Tar Lazio, 30 gennaio 2019, n. 1212 e Cds 30 agosto 2018, n. 5106) non regge ad un'analisi più attenta della fattispecie poiché è evidente la differenza tra l'assenza del titolo autorizzativo e la mera necessità di modificare il soggetto intestatario di un titolo valido a seguito del trasferimento dell'azienda a cui appartiene l'impianto autorizzativo. In altre parole, laddove gli incentivi riguardino un impianto legittimamente autorizzato, detenuto da un soggetto a seguito di un'operazione di trasferimento altrettanto legittima e rispetto alla quale la voltura dell'autorizzazione costituisce un atto dovuto non si vede come il pagamento dell'incentivo pendente la procedura di voltura possa essere qualificato come indebito esborso di denaro pubblico. Alla luce di un principio di proporzionalità e forse ancor di più, di corretto inquadramento giuridico, l'equiparazione della mancata voltura all'assenza di un valido titolo autorizzativo appare quindi non corretta.

Peraltro, la giurisprudenza sopra citata è in contrasto con altro indirizzo giurisprudenziale che ammette l'utilizzabilità di una **Scia** (segnalazione certificata di inizio attività) in sostituzione di un

provvedimento espresso di voltura dell'AU a seguito di un trasferimento del ramo di azienda. Come noto, la Scia è un'autocertificazione con la quale il cessionario conferma il possesso dei requisiti originariamente esistenti in capo al cedente (Consiglio di Stato 5412/2018). L'ammissibilità della SCIA non può quindi che confermare la titolarità del diritto agli incentivi senza soluzione di continuità per effetto del mantenimento in capo al cessionario dello stato di fatto e di diritto prima riferibile al cedente.

Considerato il quadro normativo e in una eventuale prospettiva *de iure condendo*, la mancata voltura o la mancato invio di una Scia entro un termine massimo potrebbe al più essere compatibile con una **sanzione amministrativa pecuniaria**, di carattere e contenuto da definire mutando ad esempio i principi e il valore delle sanzioni espressi in materia di violazioni urbanistiche, ma non una decurtazione dell'incentivo atteso che le esigenze di tutela invocate dal Gse appaiono ridimensionate alla luce delle considerazioni sopra esposte. Senza contare che il riconoscimento della legittimità degli incentivi si pone in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale il Gse non può effettuare una valutazione autonoma circa la titolarità dell'autorizzazione ma deve, al contrario, tenere conto della posizione insindacabile dell'Autorità (cfr. per tutte, Cds 2859/2018). Ebbene, ove l'Autorità confermi il diritto del cessionario di risultare intestatario del titolo autorizzativo non si vede su quali basi tale diritto possa essere sindacato dal Gse.

Tornando quindi al Decreto Controlli, appare paradossale che la misura sanzionatoria risulti addirittura più pesante rispetto alla posizione della giurisprudenza amministrativa sopra citata, secondo la quale la revoca degli incentivi esclusivamente per il periodo intercorrente tra la data di trasferimento del ramo a cui afferisce l'impianto e la data di effettiva voltura. Dalla formulazione proposta nelle bozze disponibili sembra invece che la decurtazione valga per l'intero periodo incentivante.

**È quindi auspicabile un ripensamento generale** che assicuri la sanzione rispetto a fattispecie di effettiva gravità e mancanza di meritevolezza che superino i formalismi evidenti rispetto al tema delle volture. Soprattutto in un momento in cui il termine "rilancio" è giustamente da più parti invocato, dovrebbe essere riconosciuto che la chiarezza ne è un requisito funzionale e imprescindibile.

---

© Tutti i diritti riservati

E' vietata la diffusione e o riproduzione anche parziale in qualsiasi mezzo e formato.