

Diffida a restituire un numero di quote di CO₂ pari alla differenza tra le emissioni rilasciate in atmosfera in assenza di autorizzazione e la quantità di quote che sarebbe stata rilasciata a titolo gratuito

T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III 7 marzo 2023, n. 596 - Cozzi, pres. f.f.; Corrado, est. - (*Omissis*) (avv.ti Liroso, Gardini, Tombesi) c. Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella Gestione delle Attività di Proget (n.c.) ed a.

Ambiente - Disciplina di c.d. Emission Trading - Autorizzazione ad emettere gas a effetto serra - Diffida a restituire un numero di quote di CO₂ pari alla differenza tra le emissioni rilasciate in atmosfera in assenza di autorizzazione e la quantità di quote che sarebbe stata rilasciata a titolo gratuito.

(*Omissis*)

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente -OMISSIS- S.r.l., è una società interamente controllata da -OMISSIS- S.p.a., i cui azionisti di riferimento sono enti locali e la cui partecipazione di maggioranza è in seno al Comune di Busto Arsizio.

-OMISSIS- è gestore dell'impianto denominato "Centrale di Teleriscaldamento di Busto Arsizio" il quale rappresenta un servizio pubblico essenziale per il Comune di Busto Arsizio e che, nel corso degli anni, avrebbe reso possibile una significativa riduzione delle emissioni di gas serra rispetto ai sistemi di riscaldamento precedentemente in uso.

Esponde parte ricorrente che essendosi avveduta solo di recente di essere assoggettata alla disciplina di c.d. Emission Trading ha avviato spontaneamente il processo volto a regolarizzare la propria posizione ai sensi del decreto legislativo 9 giugno 2020, n. 47. La ricorrente ha, quindi, presentato al Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto, in data 22 dicembre 2020, una dichiarazione spontanea circa l'applicabilità della disciplina di cui al d. lgs. n. 47/2020 all'impianto.

Con deliberazione n. 106/2021 del 3 novembre 2021, il Comitato ha rilasciato, quindi, all'impianto l'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra a far data dal 1° gennaio 2021, precisando che restava impregiudicata la disciplina sanzionatoria e restitutoria dettata dall'art. 42 del d.lgs. 47/2020.

Il Consiglio direttivo del Comitato, con provvedimento protocollo n. 0000066 del 12 gennaio 2022, ha adottato il verbale di accertamento -OMISSIS- con il quale da una parte, ha contestato alla Società e alla Sig.ra -OMISSIS-, ai sensi dell'articolo 14 della L. 689/81, l'accertamento della violazione dell'art. 15 del d.lgs. n. 47/2020, con conseguente obbligo di provvedere al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 50.000 euro, ai sensi dell'articolo 42 comma 5 del d.lgs. n. 47/2020, ammettendola tuttavia al pagamento in misura ridotta di una somma pari a 10.000 euro ai sensi dell'articolo 16 della L. 689/1981.

Dall'altra parte, il Comitato, oltre al provvedimento sanzionatorio, ha adottato anche un provvedimento amministrativo di natura restitutoria, diffidando la Società e il suo rappresentante a restituire, entro il termine di 120 giorni dalla notificazione del provvedimento, ai sensi dell'art. 42, comma 3, lett. a), del D.Lgs. n. 47/2020, un numero di quote di CO₂ "pari a 45.299 quale differenza tra le emissioni rilasciate in atmosfera in assenza di autorizzazione, nel periodo ricompreso tra il 01/01/2016 ed il 31/12/2020 e la quantità di quote che sarebbe stata rilasciata a titolo gratuito".

Il Provvedimento precisa inoltre che "la restituzione delle quote va effettuata secondo le procedure che saranno rese note prendendo contatti con la Sezione italiana del Registro dell'Unione ...la mancata restituzione delle quote entro il termine previsto comporterà la decadenza

dall'applicazione del regime più favorevole previsto dall'articolo 42, comma 5, d.lgs. n.47/2020, con conseguente applicazione della sanzione di 100 euro per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio equivalente emessa in mancanza di autorizzazione, oltre alla permanenza dell'obbligo di restituire un numero di quote CO₂ pari alle tonnellate di CO₂ emesse in assenza di autorizzazione".

Chiarisce parte ricorrente in via introduttiva che il ricorso non è proposto avverso la sanzione di euro 10 mila che ha già provveduto a pagare ma è proposto avverso l'atto nella parte in cui si diffida la Società medesima a provvedere alla restituzione di 45.299 quote in natura entro il termine di 120 giorni. La Società lamenta, in particolare, che se dovesse acquistare tali quote sul mercato al valore attuale (prezzo medio del febbraio 2022), pari a euro 90,79 per quota, dovrebbe affrontare un esborso complessivo pari ad euro 4.112.696 mentre laddove la Società avesse acquistato le quote sul mercato negli anni di riferimento (a partire dal 1° gennaio 2016 e fino al 31 dicembre 2020), avrebbe potuto acquistarle ad un prezzo molto più basso rispetto a quello attuale.

I prezzi medi di mercato, infatti, sono risultati pari a 5,26 euro nel 2016, 5,76 euro nel 2017, 15,43 euro nel 2018, 24,61 euro nel 2019 e 24,32 euro nel 2020. Applicando i suddetti valori alle quote da restituire, si otterrebbe un ammontare pari

a circa 741.000 euro.

Lamenta parte ricorrente che l'acquisto delle quote a prezzo attuale (90,79 euro riferito a febbraio 2022) condurrebbe ad una grave crisi aziendale in quanto gli oneri finanziari derivanti dall'acquisto determinerebbero un aumento del prezzo del teleriscaldamento tale da indurre i clienti a cessare le forniture fino a poter determinare il default finanziario della società. L'importo totale delle quote da acquistare è così elevato da compromettere la possibilità di una gestione efficiente dell'attività sotto il profilo economico, tanto da rendere conveniente per gli utenti il ritorno a forme di energia diverse dal teleriscaldamento, pur se certamente meno efficienti sotto il profilo ambientale.

Il provvedimento nella parte chiarita dalla ricorrente è stato impugnato con ricorso notificato in data 6 e 7 aprile 2022 e depositato in data 7 aprile 2022, a sostegno del quale si formulano i seguenti motivi di ricorso:

1)- violazione e falsa applicazione dell'articolo 42 commi 3 e 5 del d.lgs. 47/2020. violazione e falsa applicazione dell'art. 16 della direttiva 2003/87/ce come modificata, da ultimo, dalla direttiva (UE) 2018/410. eccesso di potere per violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità ed uguaglianza. Lamenta parte ricorrente che gli obblighi di restituzione di cui all'articolo 42 del d.lgs. 47/2020 hanno effetti del tutto irragionevoli e distorti, ove gli stessi vengano interpretati come obblighi di restituzione "in natura". L'operatore viene infatti chiamato a restituire quote che fanno riferimento ad un periodo diverso da quello attuale, con la conseguenza che i prezzi possono essere diversissimi da quelli che l'operatore avrebbe dovuto sopportare ove avesse acquistato le quote di CO2 negli anni rilevanti. In altre parole, un operatore potrebbe (ed avrebbe convenienza a) autodenunciarsi in un periodo in cui il prezzo delle quote è particolarmente basso, a fronte di un precedente periodo di prezzi più elevati. In questo modo l'operatore, del tutto paradossalmente ed ingiustificatamente, regolarizzerebbe la propria situazione restituendo quote di CO2 pagate meno di quanto avrebbe dovuto corrispondere laddove avesse acquistato le quote negli anni rilevanti. Il trasgressore verrebbe così a trarre giovamento dal fatto di aver ottenuto tardivamente l'autorizzazione, pagando le quote meno di quanto avrebbe pagato negli anni di riferimento. Il vantaggio o lo svantaggio dipenderebbero solo dall'andamento del mercato. In proposito parte ricorrente fa presente che al momento della comunicazione dell'emersione (i.e. fine dicembre 2020) il prezzo di mercato di una quota di CO2 si attestava intorno a 30,92 Euro. Ebbene, il procedimento di emersione è stato completato dopo più di un anno dall'avvio, con la conseguenza che al momento dell'adozione del provvedimento impugnato il valore delle quote era pari a 84,28 euro. Laddove il procedimento fosse stato completato tempestivamente dal Comitato entro i termini definiti dalla normativa applicabile e dunque, al più tardi, entro la metà di marzo 2021 il prezzo sarebbe stato ancora pari a 40,87 euro. Inoltre lamenta ancora la ricorrente che l'interpretazione dell'articolo 42 nel senso di imporre la restituzione "in natura" delle quote risulta, alla luce di quanto sopra, chiaramente illegittima in quanto si pone in palese violazione della ratio della normativa applicabile. L'interpretazione costituzionalmente orientata della norma in questione, in termini di ragionevolezza e proporzionalità, avrebbe dovuto condurre il Comitato (che applicava per la prima volta la disposizione de qua) ad interpretare il riferimento alla "restituzione" in modo da evitare i suddetti effetti distortivi ed irragionevoli.

2) Illegittimità derivata per illegittimità costituzionale dell'articolo 42, comma 3, del d. lgs. 47/2020, per violazione del parametro di ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzione e dell'articolo 76 della Costituzione. Parte ricorrente chiede che venga valutata la rilevanza e la fondatezza del dubbio di legittimità costituzionale della norma rimettendo, in caso, la norma medesima al vaglio della Corte costituzionale trattandosi di norma che ha effetti aberranti, irragionevoli e distortivi.

3) Violazione dell'art. 10 della l. 241/90, eccesso di potere per violazione del diritto di partecipazione della società e difetto di istruttoria e motivazione. Parte ricorrente lamenta la violazione delle norme in tema di partecipazione procedimentale considerato che nel corso del procedimento ha inviato al Comitato per due volte, in data 19 novembre 2021 e 30 novembre 2021 osservazioni volte ad evidenziare gli effetti distortivi ed irragionevoli della restituzione "in natura" e chiedendo al Comitato di attuare la norma in modo ragionevole, argomentazioni che non sono state considerate nel provvedimento finale.

4) Carezza di potere, violazione e falsa applicazione degli articoli 4 e 47 del d.lgs. n. 47/2020, violazione e falsa applicazione del d.m. 256 del 5 ottobre 2016, eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità manifeste. Lamenta parte ricorrente che il provvedimento sarebbe stato adottato in carezza di potere in quanto i membri del Comitato dovendo restare in carica per 4 anni dalla data dal 5 ottobre 2016, al momento dell'adozione dell'atto impugnato risultavano decaduti in quanto il suddetto periodo di 4 anni era ampiamente decorso senza che fosse stato adottato un nuovo decreto di nomina per cui il Comitato non avrebbe potuto adottare il Provvedimento che risulterebbe, quindi, illegittimo ove non radicalmente nullo.

Si è costituito in giudizio il Ministero della transizione ecologica preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso facendo presente che la ricorrente avrebbe impugnato solo il verbale delle attività del Comitato atteso che il procedimento sanzionatorio non risulterebbe concluso, trovando la sua definizione naturale, o mediante adempimento spontaneo da parte del debitore ovvero mediante emissione dell'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 18 della Legge 689/81, non ancora adottata. Per il resto afferma la legittimità del proprio operato.

Con ordinanza collegiale n. 61/2023, ex art. 73, comma 3, c.p.a., il Collegio ha rilevato la sussistenza di dubbi circa la giurisdizione del Giudice amministrativo a decidere la presente controversia.

In data 3 febbraio 2023 parte ricorrente ha depositato memoria difensiva in ordine a detta questione.



Alla camera di consiglio del 14 febbraio 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il Collegio ritiene, dopo approfondita disamina della controversia, di ribadire la sussistenza del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo ai fini della decisione del ricorso.

Preliminarmente si richiamano le argomentazioni anticipate in sede di ordinanza ex art. 73, comma 3 c.p.a. secondo cui;

-) secondo l'orientamento comune al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione, occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio, da identificare soprattutto in funzione della *causa petendi*, muovendo dalla premessa secondo cui, nell'interpretazione della domanda giudiziale, il giudice non è condizionato dalle formali parole utilizzate dalla parte, ma deve tenere conto dell'intero contesto dell'atto e, allo stesso tempo, valutare la formulazione testuale nonché il contenuto sostanziale della domanda in relazione all'effettiva finalità che la parte intende perseguire, con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico del quale detti fatti sono manifestazione e, quindi, sulla consistenza oggettiva della posizione giuridica soggettiva oggetto di tutela;

-) il *petitum* sostanziale della presente controversia attiene alla pretesa di parte ricorrente di procedere all'adempimento dell'obbligo di restituzione delle quote – incontestato – con specifiche modalità e, cioè, all'individuazione dell'ammontare delle quote da restituire ancorandolo al valore medio delle quote per ogni anno di inadempimento;

-) nella fattispecie l'obbligo di restituzione delle quote è previsto direttamente dalla legge e l'amministrazione non esprime alcuna discrezionalità in ordine alla pretesa dalla medesima vantata, con l'ulteriore importante rilievo che parte ricorrente non ha contestato la sussistenza dell'obbligo di provvedere all'adempimento su essa gravante, bensì avanzato richieste concernenti le modalità di adempimento;

-) l'obbligo di restituzione, che trova il proprio fondamento nelle previsioni normative di cui all'art. 42 del d. lgs. 47/2020 – si ribadisce, incontestato dalla ricorrente – ha ad oggetto un bene inserito in un sistema di scambio nel mercato e con riguardo al quale l'amministrazione non è attributaria di un potere discrezionale di matrice pubblicistica, venendo in rilievo una fase esecutiva, estranea al presente giudizio (cfr. TAR Lazio, sez. II bis, 29 novembre 2021, n. 12351).

Il Collegio ritiene, inoltre, a fronte delle argomentazioni esposte dalla ricorrente con la memoria depositata in data 3 febbraio 2023 di chiarire ulteriormente che:

-) il Comitato nella determinazione delle quote da versare non ha esercitato poteri discrezionali di cui ha fatto un uso non corretto ma attività vincolata per come emerge direttamente dalla norma di cui all'art. 42, comma 3 del d. lgs. 47/2020 per cui allo stesso è attribuito solo la competenza a procedere al calcolo delle quote da restituire per come fissate dalla norma;

-) relativamente alla natura ripristinatoria della sanzione la stessa ricorrente contestando la restituzione "in natura delle quote" in applicazione del criterio fissato dall'articolo 47 comma 3 fa propendere per una considerazione della sanzione adottata come di tipo afflittivo e non ripristinatoria quindi deponendo per la giurisdizione del giudice ordinario secondo l'orientamento della giurisprudenza (cfr. Cass. civ. sez. unite, ord., 21 settembre 2020, n. 19664; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 10 novembre 2021, n. 2493).

In particolare, poi, relativamente all'asserita natura ripristinatoria della sanzione di cui all'art. 42 commi 3 e 5 del d. lgs. 47/2020 si richiama in primo luogo l'art. 15 del medesimo decreto riferito all'autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra in base al quale «1. Nessun impianto può esercitare le attività elencate nell'allegato I che comportino emissioni di gas ad effetto serra specificati nell'allegato II in relazione a tali attività, a meno che il relativo gestore non sia munito dell'autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra...». L'articolo 42 qui applicato dispone, inoltre, che «3. Resta fermo che il gestore che abbia esercitato una delle attività di cui all'allegato I, ad eccezione delle attività di trasporto aereo, in mancanza dell'autorizzazione di cui all'articolo 15, è tenuto a restituire un numero di quote di emissioni pari a:

a) la differenza tra le emissioni rilasciate in atmosfera in assenza di autorizzazione e la quantità di quote che sarebbe stata rilasciata a titolo gratuito, nei casi di impianti beneficiari di assegnazione di quote a titolo gratuito. Il numero di quote che sarebbero state rilasciate all'impianto beneficiario di assegnazione gratuita è quantificato dal Comitato che a tal fine acquisisce ogni necessario elemento informativo anche dal trasgressore.

b) le emissioni rilasciate in atmosfera in assenza di autorizzazione, nei casi di impianti non beneficiari di assegnazione di quote a titolo gratuito...5. Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettera b), il trasgressore che presenta tempestivamente la domanda di autorizzazione ai sensi del comma 4 è soggetto alla sola sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 50.000 euro di cui al comma 1, lettera b) nel caso in cui entro 120 giorni dalla dichiarazione spontanea proceda alla restituzione delle quote calcolate ai sensi del comma 3».

Come emerge dal dato normativo le quote calcolate in esito all'autodenuncia effettuata dalla ricorrente non presentano una valenza di mera sanzione "ripristinativa" ma sostanziano un obbligo di "restituzione" di quote a cui la stessa era tenuta fin dall'inizio, in quanto l'attività della ricorrente per come svolta avrebbe richiesto comunque la restituzione di un certo numero di quote al netto di quelle riconosciute gratuitamente.

Dal verbale impugnato risulta infatti che: «PRESO ATTO che, in data 25/11/2021, la -OMISSIS- S.R.L. ha trasmesso le comunicazioni delle emissioni dal 2014 al 2020 unitamente agli attestati di verifica,dai quali risulta che, nel periodo ricompreso tra l'anno 2014 e l'anno

2020, l'impianto in questione ha emesso in atmosfera un totale di 72.401 Ton. Co2; ...CONSIDERATA la quantificazione riportata nel predetto "Modulo NE&C" secondo cui le quote

gratuite cui avrebbe avuto diritto la -OMISSIS- s.R.L., se fosse stata correttamente autorizzata dal momento della sua entrata in esercizio, sono pari a 16.348 per il periodo intercorrente tra 01/01/2016 al 31/12/2020;

PRESO ATTO della manifestata volontà della -OMISSIS- S.R.L. di avvalersi del regime di cui al predetto art. 42, comma 5, e quindi di procedere alla restituzione delle quote entro il termine di 120 dalla comunicazione delle emissioni unitamente agli attestati di verifica; RITENUTO di dover considerare ai fini della determinazione dell'obbligo di restituzione, sulla base della predetta comunicazione delle emissioni, per il quinquennio 01/01/2016 al 31/12/2020, un numero totale di tonnellate di CO2 emesse in atmosfera pari a 61.647;

RITENUTO che, sulla scorta di quanto sopra esposto e tenuto conto di quanto previsto dal citato comma 3, dell'articolo 42, d.lgs. n. 47/2020, la -OMISSIS- S.R.L. è tenuta a restituire un numero di quote pari a 45.299 per il quinquennio 01/01/2016 al 31/12/2020».

Sul punto va anche ripreso quanto chiarito dalla difesa erariale con la memoria del 20 aprile 2022 secondo cui «... è facilmente rilevabile come l'articolo 42 del d.lgs. n. 47/2020, nella parte in cui disciplina la sanzione per l'esercizio dell'attività in assenza di autorizzazione, sia nell'ipotesi più gravosa che in quella meno gravosa del "ravvedimento" (caso in esame) prevede, comunque, l'obbligo di restituzione di un numero di quote pari alle tonnellate di CO2 emesse. La ratio di tale

disposizione è quella di garantire che sia rispettato il vincolo derivante dal tetto di emissioni complessive stabilito a livello europeo, per cui ogni tonnellata di CO2, emessa da soggetti sottoposti al regime ETS, deve essere monitorata e restituita anche per garantire il corretto funzionamento del meccanismo di cap and trade su cui si fonda il sistema ETS. Per cui, la restituzione di un numero di quote pari alle emissioni rilasciate in atmosfera in assenza dell'autorizzazione così come imposta dal predetto articolo 42, risponde alla necessità di assicurare una "soddisfazione diretta dell'interesse pubblico specificamente pregiudicato dalla violazione" al fine di sostenere che la sanzione in esame possa consistere, invece che nella restituzione delle quote in natura (con conseguente obbligo della parte di acquistarli sul mercato), nella restituzione di un importo pari al prezzo medio, la ricorrente richiama il meccanismo dei certificati bianchi (TEE), ed in particolare gli atti posti in essere dal GSE per recuperare i certificati indebitamente rilasciati a causa di accertate violazioni della normativa....Il meccanismo ETS invece, si caratterizza per essere un regime obbligatorio cui accedono determinati impianti produttivi (compreso il settore dell'aviazione), e non è un sistema incentivante. Il rilascio delle quote (che, infatti, avviene a titolo gratuito), contrariamente alla finalità incentivante dei TEE, è finalizzato a coprire una quota parte delle emissioni di CO2 che un dato impianto rilascia in atmosfera e non ha alcuna finalità incentivante».

E' evidente quindi che la detta restituzione è richiesta a titolo di ripristino degli obblighi cui era tenuta la società e che l'attività posta in capo al Comitato connessa al calcolo delle quote sia attività vincolata per la quale alcun profilo di discrezionalità emerge.

In ragione di tali considerazioni non può ritenersi applicabile alla presente fattispecie il criterio di attribuzione della giurisdizione per come richiamato dalla ricorrente e in ossequio al costante orientamento giurisprudenziale.

Alla luce delle esposte considerazioni va, dunque, dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per appartenere la controversia all'autorità giudiziaria ordinaria.

Le spese di lite possono essere compensate tenuto conto della novità della questione.

(Omissis)