

Deliberazione 8 marzo 2010 – VIS 13/10

Irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 387/03 e dell'articolo 2, comma 20, lettera c) della legge n. 481/95 nei confronti di Ascot S.r.l.

L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Nella riunione dell'8 marzo 2010

Visti:

- l'articolo 2, comma 20, lettera c) della legge 14 novembre 1995, n. 481;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689;
- l'articolo 11 *bis* del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, introdotto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80;
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244;
- il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79;
- la direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001;
- il decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387;
- l'Accordo in materia di garanzie di origine dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili tra la Repubblica italiana e la Confederazione svizzera del 6 marzo 2007;
- il decreto del Ministro delle Attività Produttive, di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, 24 ottobre 2005;
- la deliberazione dell'Autorità 2 ottobre 2008, ARG/com 144/08.
- la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (di seguito: l'Autorità) 17 marzo 2008, VIS 30/08.

Fatto

1. Con nota del 28 settembre 2007 (prot. 026074), il Gestore dei Servizi Energetici – GSE S.p.A. ha rappresentato lo stato di assolvimento all'obbligo di acquisto dei certificati verdi per l'anno 2006, segnalando numerosi profili di criticità.
2. In seguito a richiesta di informazione da parte degli uffici con nota 31 ottobre 2007 (prot. GB/M07/5171/ELT/FPA/ag), il GSE con note dell'8 gennaio 2008 (prot. 000253) e 7 febbraio 2008 (prot. 3428), ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 387/03, ha segnalato all'Autorità il mancato adempimento dell'obbligo di acquisto di n. 13 certificati verdi da parte di Ascot

S.r.l., insorto nell'anno 2006 e relativo all'energia importata dalla Svizzera nel corso dell'anno 2005, allegando tutta la documentazione richiesta.

3. Con deliberazione VIS 30/08, l'Autorità ha avviato, nei confronti di Ascot S.r.l., un'istruttoria formale per l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione dell'obbligo prescritto dall'articolo 11 del decreto legislativo n. 79/99.
4. Nel corso dell'istruttoria, è stata acquisita la memoria difensiva di Ascot S.r.l. 1° agosto 2008 (prot. 023384) ed i documenti ad essa allegati, tra cui il ricorso alla Commissione europea presentato, ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 77/2001/CE, congiuntamente alla società Eneco S.r.l..
5. Con nota 15 dicembre 2008 (prot. 40316), il responsabile del procedimento ha comunicato le risultanze istruttorie ad Ascot S.r.l..
6. In data 22 gennaio 2009 si è svolta l'audizione finale dinanzi al Collegio dell'Autorità, che ha consentito alla società di depositare un'ulteriore memoria difensiva, acquisita in data 9 febbraio 2009 (prot. 06136).
7. La società ha, inoltre, depositato agli atti dell'istruttoria il comunicato stampa della Commissione europea del 19 marzo 2009 (prot. 13431 del 23 marzo 2009) e la nota 20 gennaio 2010 (prot. 2789), relativa alla rettifica comunicata dal GSE S.p.A. alla società Eneco Trade S.p.A. circa le garanzie di origine dovute per l'energia elettrica importata dalla Francia e dalla Slovenia nell'anno 2005.

Valutazione giuridica

A. Il contesto normativo

8. L'articolo 11, comma 1, del d.lgs. n. 79/99, a decorrere dall'anno 2001, impone agli importatori ed ai soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili, di immettere nel sistema nazionale, nell'anno successivo, una quota prodotta da fonti rinnovabili.
9. Il medesimo articolo, al comma 3, prevede che gli stessi soggetti possano adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori, purché immettano l'energia da fonti rinnovabili nel sistema elettrico nazionale o dal gestore della rete di trasmissione nazionale (c.d. certificati verdi).
10. La direttiva 2001/77/CE, al fine di promuovere un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel mercato comune, ha introdotto la garanzia di origine quale un unico mezzo di certificazione della provenienza da fonte rinnovabile dell'energia elettrica prodotta dagli Stati membri.
11. Ai sensi dell'articolo 5 della suddetta direttiva, entro il 27 ottobre 2003 ciascun Stato membro deve dare attuazione alla normativa, prevedendo il rilascio di garanzie di origine idonee a provare l'origine dell'elettricità prodotta da fonti rinnovabili, secondo criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori.
12. Come precisato dai Considerato 10 e 11 della direttiva, è importante operare una chiara distinzione tra garanzie di origine e certificati verdi, in quanto l'acquisizione di una garanzia di origine o il corrispondente acquisto di elettricità non vale necessariamente come contributo all'adempimento degli obblighi nazionali in materia di quote.

13. Lo Stato italiano ha dato attuazione alla direttiva 2001/77/CE con il decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, il cui articolo 20, comma 3, prevede che i soggetti importatori di energia elettrica dagli Stati membri dell'Unione europea possano richiedere al GSE l'esenzione dall'obbligo di acquisto dei certificati verdi di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 79/99, per la quota di elettricità importata prodotta da fonti rinnovabili, purché presentino al Gestore copia conforme della garanzia di origine rilasciata, ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/77/CE, nel paese dove è ubicato l'impianto di produzione.
14. In caso di importazione di energia elettrica da paesi terzi, il medesimo articolo prevede che l'esenzione dall'obbligo in discussione sia subordinata alla stipula di un accordo tra lo Stato italiano e lo Stato estero da cui è importata l'energia.
15. In data 6 marzo 2007, è stato concluso un accordo tra lo Stato italiano e la Confederazione svizzera per il reciproco riconoscimento delle garanzie di origine relativamente all'energia importata a partire dall'anno 2006, dal momento che solo in quell'anno la Svizzera ha adottato una normativa per garantire l'origine rinnovabile dell'energia ivi prodotta, compatibile con le disposizioni della direttiva 2001/77/CE.

B. Le argomentazioni di Ascot S.r.l.

16. La società Ascot sostiene che il principio di legalità degli illeciti amministrativi imporrebbe di valutare la fattispecie sanzionatoria al tempo in cui sorge il "fatto costitutivo dell'obbligo" rimasto poi inadempito – cioè l'importazione di energia elettrica nel corso del 2005 – e non, invece, al tempo in cui l'obbligo andava assolto – e cioè l'acquisto dei certificati verdi nel corso del 2006.
17. Poiché, al tempo delle importazioni dalla Svizzera del 2005, non era nota alla società l'operatività della normativa di attuazione della direttiva 2001/77/CE, che ha introdotto il sistema delle garanzie di origine per l'energia prodotta da fonti rinnovabili nei paesi membri, sarebbe contrario al principio di legalità irrogare una sanzione per fatti dei quali si ignorava a quel tempo l'illiceità.
18. Inoltre, secondo la società, l'atto con cui il GSE verifica l'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 11 del d.lgs n. 79/99 (ai sensi dell'art.4 del d.lgs. n. 387/03) non può costituire il presupposto del potere sanzionatorio dell'Autorità, perché sarebbe una mera constatazione formale della provenienza da fonte rinnovabile dell'energia importata e non avrebbe come effetto quello di accertare l'inadempimento della società all'obbligo di acquisto dei certificati verdi. Inoltre, l'atto del GSE di diniego della provenienza da fonte rinnovabile dell'energia importata non avrebbe valenza provvedimento e la società vanterebbe un vero e proprio diritto soggettivo all'esenzione dall'obbligo del suddetto articolo 11.
19. Sarebbe comunque illegittimo il rifiuto del GSE di riconoscere la provenienza da fonte rinnovabile dell'energia importata dalla Svizzera nel corso del 2005, perché violerebbe l'Accordo di libero scambio tra la Comunità europea e la Confederazione Svizzera del 22 luglio 1972.
20. Inoltre, dal momento che la società ha presentato ricorso alla Commissione europea ai sensi dell'art.5 della direttiva 2001/77/CE, esisterebbe un'obiettivo incertezza circa i presupposti della potestà sanzionatoria dell'Autorità, che sarebbe tenuta a disapplicare la normativa nazionale contraria alla direttiva 2001/77/CE, nonché l'atto di verifica del mancato acquisto dei certificati verdi del GSE.

21. Nel caso di specie, il quadro normativo sarebbe reso incerto anche dal fatto che l'accordo del 2007 in materia di garanzie di origine concluso dal Ministero dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 20 del d.lgs. n. 387/03, con le Autorità svizzere riconosce retroattivamente solo le garanzie di origine relative alle importazioni dell'anno 2006 e non pure quelle dell'anno 2005.
22. In ogni caso, la società invoca l'assenza di colpa per errore sul fatto e sulla normativa applicabile, in considerazione dell'incertezza sulla validità delle certificazioni di provenienza riguardanti l'energia importata dalla Svizzera per l'anno 2005. Inoltre, secondo la società, la propria colpa sarebbe da escludere in ragione del comportamento ambiguo del Ministero dello Sviluppo economico e del GSE che, per l'anno 2004, hanno accettato le certificazioni di provenienza da fonte rinnovabile dell'energia importata dalla Svizzera.

C. Valutazione delle argomentazioni di Ascot S.r.l.

23. Ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità è irrilevante la natura giuridica dell'atto con cui il GSE individua i soggetti inadempienti ai sensi dell'articolo 4, del d.lgs. n. 387/03, dal momento che è il medesimo articolo 4 a condizionare il potere sanzionatorio dell'Autorità al predetto accertamento preventivo del GSE.
24. Non può essere condivisa l'argomentazione della Società secondo la quale vi sarebbe una violazione del principio di legalità e di non retroattività in materia sanzionatoria perché nel 2005, al momento dell'importazione dell'energia elettrica dalla Svizzera, il Ministero dello sviluppo economico non aveva dato ancora attuazione al d.lgs n.387/03, creandosi una situazione di incertezza sulla normativa applicabile.
25. Il potere sanzionatorio dell'Autorità in tale materia è previsto, a partire dall'anno 2004, dall'articolo 4, comma 2, del d.lgs. n.387/03, ed ha ad oggetto l'inadempimento dell'obbligo di acquisto dei certificati verdi previsto dall'art.11 del d.lgs. n. 79/99.
26. Il suddetto articolo 4 attribuisce al GSE il compito di verificare, ogni anno, l'adempimento dell'obbligo prescritto dal citato articolo 11 relativamente alle importazioni e produzioni dell'anno precedente e di comunicare all'Autorità i nominativi dei soggetti inadempienti e l'entità delle inadempienze, ai fini dell'applicazione delle sanzioni.
27. L'oggetto dell'illecito che l'Autorità ha il potere di sanzionare, dunque, è il mancato acquisto dei certificati verdi ed è con riferimento a tale fatto che deve essere valutato il rispetto del principio di legalità in materia sanzionatoria.
28. Nella fattispecie, la previsione legislativa contenuta nell'articolo 4 del d.lgs. n. 387/03 – che qualifica il suddetto inadempimento come illecito amministrativo – è anteriore alla commissione del fatto che coincide con il momento in cui Ascot non ha adempiuto all'acquisto dei certificati verdi dovuti nell'anno 2006 e relativi alle importazioni dell'anno 2005. Nessuna violazione del principio di legalità, quindi, si ravvisa nel caso di specie.
29. Inoltre, l'articolo 20, comma 3, seconda parte, del d.lgs. n. 387/03 subordina l'esenzione dall'obbligo dell'articolo 11 del d.lgs. n. 79/99, per coloro che importano energia elettrica da Stati extracomunitari, alla previa stipula di un accordo tra lo Stato italiano e lo Stato terzo in materia di garanzie di origine. Tale

norma, di diretta applicazione, preclude il riconoscimento dell'esenzione dall'obbligo di acquisto dei certificati verdi a chi importa elettricità da Stati extracomunitari con i quali lo Stato italiano non abbia concluso il predetto accordo. Anche a voler ammettere, come sostiene la società, che l'obbligo violato nasca nell'anno di importazione, tale norma era già in vigore al tempo in cui la società Ascot importava energia dalla Svizzera (2005) e non vi era dubbio, né la società poteva ignorarlo, che all'epoca ancora nessun accordo era stato concluso tra i due paesi in materia.

30. L'attuazione del d.lgs. n. 387/03 da parte del Ministero dello Sviluppo economico, avvenuta con il decreto ministeriale 24 ottobre 2005, non ha quindi alcun effetto sul quadro normativo relativo alle importazioni di elettricità da Stati extracomunitari, disciplinato dal suddetto articolo 20, comma 3, del decreto legislativo n. 387/03.
31. Inoltre, posto che la Svizzera non è un paese comunitario, appare irrilevante la richiesta della società di disapplicazione del d.lgs. n. 387/03 per contrasto con la direttiva 2001/77/CE, disapplicazione peraltro esclusa dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità nel caso, come quello di specie, di direttive non munite di efficacia diretta.
32. Non è rilevante nella fattispecie neppure il richiamo all'Accordo di libero scambio del 1972 tra Comunità europea e Svizzera, dal momento che la materia delle garanzie di origine è oggetto di uno specifico accordo tra lo Stato italiano e la Confederazione svizzera in data 6 marzo 2007. Effettivamente, per volontà dei due Stati contraenti, il riconoscimento reciproco delle garanzie di origine non è stato esteso anche alle importazioni dell'anno 2005, perchè solo nell'anno 2006 la Svizzera si è dotata, con l'Ordinanza 24 novembre 2006 del Dipartimento federale dell'Ambiente, dei Trasporti, dell'Energia e delle Comunicazioni, di disposizioni che garantissero l'origine da fonte rinnovabile dell'elettricità, compatibili con la direttiva 2001/77/CE.
33. Peraltro, il suddetto quadro normativo non è stato smentito dal comunicato stampa del 19 marzo 2009 (prot. 13431 del 23 marzo 2009) della Commissione europea, depositato agli atti del presente procedimento dalla società. Nonostante la società Ascot abbia proposto ricorso alla Commissione europea ai sensi dell'art.5 della direttiva 2001/77/CE, riguardo al mancato riconoscimento della provenienza da fonte rinnovabile dell'energia importata dalla Svizzera nel 2005, la Commissione europea ha ritenuto di doversi pronunciare solo sull'illegittimità del mancato riconoscimento delle garanzie di origine provenienti da Francia, Slovenia e Grecia, ma non anche sulle importazioni di elettricità dalla Svizzera.
34. Sotto il profilo soggettivo, la società invoca l'errore sulla normativa applicabile, determinato dall'incertezza del quadro normativo, che l'avrebbe indotta ad ignorare l'illiceità del fatto. Tuttavia, nel caso di specie, non sussistono i presupposti per riconoscere l'esimente invocata dalla società.
35. L'errore di diritto assume rilevanza solo se è determinato da ignoranza inevitabile del precetto derivante da circostanze estranee all'agente ed idonee a determinare la convinzione della liceità del comportamento posto in essere. Inoltre, per valutare l'inevitabilità dell'errore, occorre considerare la situazione soggettiva di chi è professionalmente inserito in un determinato campo di attività e sul quale incombe un obbligo specifico di conoscenza e informazione sulle norme che disciplinano la materia.

36. L'art.20 del d.lgs n. 387/03 subordina chiaramente l'esenzione dall'obbligo di acquisto dei certificati verdi per chi importa elettricità da Stati extra-comunitari alla condizione della stipula di un accordo bilaterale con lo Stato italiano. Di tale norma non equivoca, né di dubbia interpretazione, la società Ascot doveva essere a conoscenza quando, nell'esercizio della propria attività professionale, importava energia elettrica dalla Svizzera nell'anno 2005.
37. La chiarezza del dato normativo non può avere indotto in errore la società che, in ragione della propria professione, è tenuta alla diligenza specifica dell'art. 1176 del codice civile, e non poteva ignorare che nel 2005, quando cioè importava elettricità dalla Svizzera, non era stato ancora concluso alcun accordo tra l'Italia e la Confederazione elvetica.
38. Non si può ravvisare, quindi, alcun incolpevole affidamento sull'esenzione dall'obbligo di acquisto dei certificati verdi, dal momento che il testo legislativo del 2003 è inequivoco nel subordinare tale esenzione, per chi importa da paese extra-comunitario, alla previa conclusione di un accordo bilaterale dello Stato di importazione con lo Stato italiano.
39. Il fatto che il Ministero dello Sviluppo economico e il GSE, nonostante l'articolo 20, comma 3, del d.lgs n. 387/03 che richiede il previo accordo dello Stato italiano con lo Stato extracomunitario per riconoscere l'esenzione, abbiano riconosciuto le certificazioni di provenienza dell'energia importata dalla Svizzera nell'anno 2004 non vale ad escludere la colpa della società. In altri termini non può costituire un'esimente, tale da far venir meno la violazione imputata alla società, un atteggiamento di episodica tolleranza, peraltro proveniente da un'amministrazione diversa da quella titolare del potere sanzionatorio.
40. Il comportamento tenuto dalle suddette autorità per il solo anno 2004, non costituendo neppure una prassi, non poteva indurre la società a confidare legittimamente nell'esenzione anche per l'anno 2005, considerato che le inequivocabili disposizioni legislative di riferimento avrebbero dovuto indurla, invece, a dubitare della liceità della propria condotta e a compiere ogni necessario accertamento per la corretta conoscenza della normativa vigente.
41. La società, invece, ha espressamente ammesso nel corso dell'istruttoria di non avere volontariamente e consapevolmente proceduto all'acquisto dei certificati verdi in violazione dell'articolo 11 del d.lgs. n. 79/99, nell'attesa che fosse accertata l'illegittimità del comportamento dello Stato italiano.

Quantificazione della sanzione

42. L'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689 prevede che la quantificazione della sanzione sia compiuta in applicazione dei seguenti criteri:
 - gravità della violazione;
 - opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
 - personalità dell'agente;
 - condizioni economiche dell'agente.
43. Con deliberazione ARG/com 144/08, l'Autorità ha adottato *“Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità ai sensi dell'art.2, comma 20, lett. c), della legge*

n. 481/95”, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 246, in data 20 ottobre 2008 (Supplemento Ordinario n. 234).

44. Sotto il profilo della *gravità della violazione*, la società Ascot ha violato l’articolo 11 del d.lgs. n. 79/99, non avendo proceduto all’acquisto di 13 certificati verdi relativi all’obbligo dell’anno 2006 per l’energia importata nell’anno 2005. La normativa violata è posta a tutela di un interesse pubblico rilevante come la protezione dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile, attraverso la promozione dello sfruttamento dell’energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.
45. Un indice di riferimento della gravità della violazione è costituito dal valore di mercato dei certificati verdi – di tagli unitari pari a 50 MWh – al tempo dell’insorgenza dell’obbligo inadempito, che per l’obbligo dell’anno 2006 è pari a 125,28 €/MWh. In base a tale quotazione, il valore complessivo dei 13 certificati verdi non acquistati da Ascot è pari a 81.432 euro.
46. Tale base deve essere aumentata per garantire l’efficacia deterrente della sanzione che altrimenti sarebbe vanificata ove si irrogasse una sanzione pari o più bassa del valore dei certificati verdi non acquistati.
47. Peraltro, la gravità della violazione risulta circoscritta dall’esiguo numero di certificati verdi non acquistati.
48. Inoltre, il grado di colpevolezza dell’agente risulta attenuato dal comportamento tenuto dalle autorità governative circa le certificazioni di provenienza dell’energia proveniente dalla Svizzera per il solo anno 2004.
49. Sotto il profilo *dell’opera svolta dall’agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione*, non risultano elementi rilevanti.
50. Per quanto riguarda il criterio della *personalità dell’agente*, la società non si è resa responsabile di precedenti violazioni della stessa indole.
51. In merito alle *condizioni economiche dell’agente*, la società ha ricavi per 2.046.354 euro.

DELIBERA

1. si accerta la violazione, da parte della società Ascot S.r.l., dell’articolo 11 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, nei termini descritti in motivazione.
2. è irrogata nei confronti di Ascot S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi dell’articolo 2, comma 2, lettera c) della legge n. 481/95 e dell’articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 387/03, pari a € 90.480,00 (novantamilaquattrocentottanta euro).
3. si ordina ad Ascot S.r.l. di pagare la suddetta sanzione entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla data di notifica del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione, oppure mediante delega ad una banca o alle Poste Italiane S.p.A. presentando il modello allegato (recante codice ente “QAE” e codice tributo “787T”), che costituisce parte integrante e sostanziale del presente provvedimento (Allegato A), come previsto dal decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 237;
4. decorso il termine di cui al precedente punto 3, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e

sino alla data del pagamento (codice tributo “788T”); in caso di ulteriore ritardo nell’adempimento, saranno applicate le maggiorazioni di cui all’articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81 (codice tributo “789T”);

5. si ordina a Ascot S.r.l. di comunicare l’avvenuto pagamento delle sanzioni amministrative di cui sopra all’Autorità, mediante l’invio di copia del documento attestante i versamenti effettuati;
6. il presente provvedimento sarà notificato, mediante plico raccomandato con avviso di ricevimento, a Ascot S.r.l., Via G. Galilei, 10, 39100 Bolzano e agli avvocati Mario Buccello e Simona Viola, Piazza Eleonora Duse, 1, 20112 Milano e pubblicato sul sito internet dell’Autorità (www.autorita.energia.it).

Avverso il presente provvedimento, ai sensi dell’articolo 2, comma 25, della legge n. 481/95, può essere proposto ricorso dinanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale, entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla data di notifica dello stesso.

8 marzo 2010

Il Presidente: Alessandro Ortis