



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza
n. 2/2022**



Sommario

1. Adunanza plenaria pronuncia sulla legittimazione degli amministratori e dei soci di una persona giuridica ad impugnare l'interdittiva antimafia.....	2
2. Ambito oggettivo della nozione di "paesaggio" ai fini della sua tutela.....	13
3. Alla Corte di Giustizia Ue alcune questioni sugli impianti di produzione di elettricità e sulle assegnazioni di quote CO2.....	18
4. Alla Corte di giustizia il principio del ne bis in idem e le sanzioni per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette.....	27
5. Prezzo ex factory delle confezioni dei farmaci biosimilari.....	38

1. Adunanza plenaria pronuncia sulla legittimazione degli amministratori e dei soci di una persona giuridica ad impugnare l'interdittiva antimafia

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 3 del 2022) afferma che gli amministratori e i soci di una persona giuridica destinataria di interdittiva antimafia non sono titolari di legittimazione attiva all'impugnazione di tale provvedimento.

Fatto

Con la sentenza non definitiva n. 726 del 2021, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha rimesso all'Adunanza Plenaria una causa, perché la stessa esprima il proprio avviso in ordine a seguenti quesiti:

- a) se in materia di impugnazione di interdittive antimafia vada, o meno, riconosciuta, in capo ad ex amministratori e soci della società attinta, autonoma legittimazione a ricorrere, avuto riguardo alla situazione giuridica dedotta in giudizio, e se gli stessi vadano ritenuti soggetti che patiscano "effetti diretti" dall'adozione di provvedimenti di siffatta natura;
- b) in caso di soluzione positiva al primo quesito, se l'effetto devolutivo proprio dell'appello si estenda anche al caso in cui il ricorso in primo grado non sia stato riunito a ricorsi aventi ad oggetto l'impugnazione del medesimo provvedimento da parte degli stessi ovvero da diversi ricorrenti.

La controversia oggetto del giudizio riguarda l'impugnazione, da parte dei soci, della certificazione interdittiva, emessa dalla Prefettura di Agrigento nei confronti di una società per azioni, lamentando la perdita della gestione dell'azienda, nella quale avevano investito ingenti capitali, nonché la preclusione all'esercizio della carica da parte del Presidente del Consiglio di amministrazione e da parte di tutti gli altri consiglieri di amministrazione che erano espressione delle società ricorrenti, detentrici dei pacchetti azionari della società.

In esito al provvedimento impugnato, con determinazione del Presidente, l'ATI ha stabilito la risoluzione della convenzione in essere con la società per la gestione del servizio idrico integrato nella Provincia di Agrigento.

Con successivo decreto, l'Amministrazione ha disposto la nomina di un Commissario Straordinario con lo scopo di assicurare la prosecuzione delle attività legate alla convenzione, estromettendo gli appellanti dalle cariche occupate in seno al Consiglio di amministrazione e dalla gestione concreta della società.

Il TAR per la Sicilia, con sentenza n. 3036 del 2020, ha ritenuto il ricorso inammissibile per carenza di legittimazione attiva in capo ai ricorrenti, rilevando in particolare l'inammissibilità anche in relazione alla impugnazione della determinazione di risoluzione della convenzione.

La sentenza viene censurata nella parte in cui il ricorso è stato dichiarato inammissibile, non contestandosi la declaratoria in rito riferita all'impugnazione del provvedimento di risoluzione.

In particolare, si deduce che né l'art. 100 cpc, né la (più autorevole) giurisprudenza amministrativa abbiano mai adottato un criterio formale di individuazione del soggetto titolare dell'interesse alla proposizione dell'impugnazione. Al contrario, la legittimazione ad agire è riconosciuta in presenza di un interesse connotato dall'attualità e da concretezza.

Può inoltre rilevarsi in capo agli appellanti una posizione di vantaggio che attiene ad uno specifico bene della vita. Difatti, sebbene sia formalmente indirizzata alla società, l'intera motivazione dell'informativa antimafia ruota essenzialmente attorno a presunti condizionamenti a carico delle società e alle persone fisiche appellanti in quanto socie, e che pertanto sono gravemente pregiudicate dal contenuto di tale provvedimento.

Il Presidente del consiglio di amministrazione della società, inoltre, vede inevitabilmente precluso l'esercizio della sua carica, così come tutti gli altri consiglieri di amministrazione che erano espressione delle società appellanti, detentrici dei pacchetti azionari della società nella quale avevano effettuato investimenti per diversi milioni di euro al fine di ottenere l'affidamento della conduzione e gestione del servizio idrico.

Per effetto dell'emanazione dell'informativa interdittiva impugnata, gli appellanti sono stati espropriati di gran parte dei loro poteri di soci, in quanto, con successivi decreti, la Prefettura di Agrigento ha disposto la nomina di due Commissari Straordinari, che conducono la gestione del rapporto conseguente al contratto legato al servizio idrico (e cioè la parte rilevante delle attività della società) sottraendosi a qualsivoglia controllo o indirizzo da parte dell'Assemblea dei soci, che non può effettuare scelte quali investimenti strutturali mirati a superare la profonda crisi in cui l'azienda versa. La concreta, materiale impossibilità di gestire la propria impresa e i propri investimenti di importo così ingente e per un lasso di tempo così lungo, non può non ascrivere al concetto di lesione diretta e personale della sfera giuridica dei soci.

Si sottolinea come risulti impossibile negare che l'azione proposta dagli appellanti sia realmente animata dal fine di conseguire una "posizione di vantaggio che attiene ad uno specifico bene della vita", dal momento che la caducazione del provvedimento impugnato sortirebbe l'effetto immediato di consentire la reintegra delle società appellanti e dei soci nel concreto ed effettivo esercizio dei poteri inerenti al loro *status*. Inoltre, l'informativa si traduce in un danno di natura economica diretta sul patrimonio dei soci, in considerazione della pessima gestione da parte dei Commissari. Infine, si evidenzia il grande risalto mediatico e conseguente discredito che il provvedimento impugnato getta sulle imprese e sull'attività imprenditoriale della famiglia.

Secondo gli appellanti, l'opzione interpretativa seguita dalla sentenza non è percorribile, in quanto lesiva del diritto di difesa sancito dagli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché dell'art. 6 della CEDU, poiché non disporrebbero di alcun rimedio giurisdizionale per impugnare l'informativa prefettizia ed il conseguente provvedimento di commissariamento.

La sentenza non definitiva, con contestuale ordinanza di rimessione, ha rigettato le eccezioni proposte dalle amministrazioni (di difetto di giurisdizione e di inammissibilità per incompleta impugnazione della sentenza), ricordando, sul piano generale, che, secondo la giurisprudenza, il ricorso è ammissibile se al momento della sua proposizione sussistono le condizioni dell'azione, cioè il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione, l'interesse ad agire e la legittimazione attiva.

Sulla specifica questione dei soggetti legittimati ad impugnare le informative prefettizie, la sentenza rileva come non si registri un orientamento univoco nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Un primo orientamento ha stabilito che il ricorso proposto da soggetti diversi dall'impresa destinataria dell'interdittiva è inammissibile per carenza di legittimazione attiva, in quanto il decreto prefettizio può essere impugnato solo dal soggetto che ne patisce gli effetti diretti sulla sua posizione giuridica di interesse legittimo.

Un altro orientamento ha invece riconosciuto la legittimazione ad impugnare l'informativa, a tutela di un proprio interesse morale, in una ipotesi relativa a ricorso proposto da ex amministratori della società, o loro parenti, menzionati nell'interdittiva quali soggetti partecipi degli elementi indiziari da cui viene desunto il pericolo di condizionamento di stampo mafioso, ritenendosi la sussistenza della legittimazione al ricorso, in ragione della lesione concreta ed attuale della situazione professionale e patrimoniale dei soggetti che abbiano dovuto rinunciare all'incarico di amministratori della società, nonché sotto il profilo della potenziale lesione dell'onore e reputazione personale dei soggetti sui quali nel provvedimento venga ipotizzato un condizionamento mafioso.

In presenza del richiamato contrasto giurisprudenziale, la sentenza di rimessione intende sottoporre all'Adunanza Plenaria la questione *“relativa alla possibilità, o meno, di riconoscere, in capo ad ex amministratori e soci di una società attinta da interdittiva antimafia, autonoma legittimazione a ricorrere, avuto riguardo alla situazione giuridica dedotta in giudizio, che si pretende direttamente ed immediatamente pregiudicata dall'interdittiva (a causa della sostituzione degli organi di gestione, con perdita, da parte degli ex amministratori, delle cariche ricoperte, e quindi pregiudizio professionale; impossibilità di effettuare scelte imprenditoriali strategiche e quindi compromissione degli investimenti economici profusi nell'azienda, quanto ai soci; con lesione della dignità e reputazione, quanto ai soggetti le cui vicende personali e familiari costituiscano diretto oggetto di motivazione)”*. A tal fine, si sottolinea come *“la questione postula anche la risoluzione del problema della individuazione dei soggetti che patiscano “effetti diretti” dall'adozione di provvedimenti di siffatta natura”*.

Il Giudice remittente afferma di condividere il secondo orientamento giurisprudenziale, esponendo a supporto una pluralità di ragioni.

In primo luogo, si evidenzia come, dall'analisi degli artt. 84 e 91 del d.lgs. n. 159/2011, emerge che l'emanazione dei provvedimenti interdittivi costituisce frutto di un procedimento

amministrativo connotato da una natura tendenzialmente cautelare e con finalità preventiva dell'infiltrazione mafiosa, al quale, secondo la giurisprudenza, non possono essere estese le garanzie del contraddittorio di cui alla l. n. 241/1990, e ciò nonostante la decisione prefettizia si basi generalmente su accertamenti di fatto complessi, in qualche caso addirittura di tipo indiziario, nell'ambito dei quali ben possono manifestarsi significativi margini di errore.

E dunque "il sacrificio delle garanzie procedurali potrebbe essere bilanciato dalla possibilità di far valere le proprie ragioni in sede giurisdizionale anche da parte dei soggetti che sono immediatamente e gravemente incisi dal provvedimento prefettizio, sebbene non formalmente diretti destinatari dello stesso, ove si riguardi, (i) quanto alla posizione dei soci, alla perdita di ogni controllo sulla gestione aziendale ove sovente sono stati investiti ingenti capitali, e (ii) quanto alla posizione degli ex amministratori, alla sostanziale espunzione da un'attività professionale che spesso costituisce l'unica fonte di reddito, senza tralasciare il discredito e la lesione alla reputazione ed onore dei soggetti le cui vicende personali ed i precedenti giudiziari vengono ampiamente richiamati, interpretati ed esternati con grave connotazione negativa negli atti di cui si discute; il tutto senza che questi ultimi, diretti interessati spesso a conoscenza di altri fatti rilevanti e finanche decisivi, abbiano mai potuto interloquire: non in sede procedimentale, fase nella quale il contraddittorio, come visto, è escluso (a maggior ragione con riferimento a soggetti diversi dal destinatario dell'interdittiva), e nemmeno in via giurisdizionale".

E tale conclusione sottopone a evidente tensione l'applicazione dell'istituto con i principi eurounitari (cioè il principio del contraddittorio prima dell'adozione di provvedimenti che incidono sensibilmente su interessi di soggetti specifici), oltre che con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

Anche con riferimento al caso in rassegna, l'atto di rimessione rileva come "proprio la caratteristica della motivazione di tali provvedimenti evidenzia un irrimediabile *vulnus* laddove ai soggetti le cui vicende personali, anche molto risalenti e addirittura già oggetto di valutazione favorevole in occasione di precedenti provvedimenti favorevoli, vengano rivisitate in chiave opposta, non venisse consentito di interloquire, avuto riguardo alle conseguenze esiziali che poi derivano dall'interdittiva (anche) per gli stessi sul piano individuale e patrimoniale" e dunque "il riconoscimento della legittimazione al ricorso potrebbe, tra l'altro, compensare l'omessa garanzia del contraddittorio endoprocedimentale".

A tal fine, si ricordi come nonostante l'invasività degli effetti delle misure in questione, per pervenire alle quali si attinge normalmente a piene mani da atti di procedimenti penali il procedimento in questione, formalmente amministrativo, (non) contempra alcune delle garanzie riconosciute all'indagato e/o all'imputato, di modo che la possibilità di ricorrere consentirebbe di recuperare, quantomeno a provvedimento emesso, attraverso la tutela giudiziale, parte delle garanzie ordinariamente connesse a provvedimenti di natura gravemente afflittiva.

L'esame nel merito della controversia comporta, secondo il Giudice rimettente, l'esame di una ulteriore questione, preliminare allo scrutinio dei motivi di ricorso non esaminati.

Nel caso in esame, oggetto del giudizio di appello è una sentenza che ha deciso dell'impugnazione di un atto (l'interdittiva antimafia) impugnato anche dalla società destinataria e, inoltre, alcuni dei ricorrenti (ora appellanti) avevano poi impugnato lo stesso atto con successivo ricorso.

La sentenza di rimessione evidenzia come, nel caso in cui il Consiglio di Stato dovesse decidere l'appello nel merito, la mancata riunione "comporterebbe la privazione di un grado di giudizio anche a discapito degli altri ricorsi proposti avverso il medesimo provvedimento da soggetti diversi, i quali si troverebbero a vedere deciso in unico grado di appello il ricorso contro il provvedimento oggetto del loro ricorso al TAR, senza che in questo grado di giudizio possano essere esaminati i motivi dei loro ricorsi. È infatti evidente che, laddove venga emessa una decisione in appello sulla questione sostanziale sottoposta da soci ed ex amministratori della società attinta dall'interdittiva, pendente in primo grado il ricorso proposto dall'impresa (che nel caso in questione non risulta nemmeno fissato), l'esito di quest'ultimo verrebbe inevitabilmente pregiudicato dalla decisione, in ipotesi negativa, intervenuta in appello, le cui considerazioni verrebbero, verosimilmente, fatte proprie dal giudice di primo grado, specie a fronte di censure simili. E ciò senza che l'impresa ricorrente abbia potuto in alcun modo esercitare il proprio diritto alla difesa".

Diritto

L'Adunanza Plenaria ritiene che gli amministratori e i soci di una società destinataria di interdittiva antimafia non siano titolari di legittimazione attiva all'impugnazione di tale provvedimento.

La sentenza di rimessione, nell'evidenziare la propria tendenziale preferenza per l'orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere la legittimazione all'impugnazione dell'interdittiva antimafia in capo ad ex amministratori e a soci della persona giuridica, fonda il riconoscimento di legittimazione attiva su una pluralità di profili di interesse costituiti:

- per gli ex amministratori, dal "pregiudizio professionale" derivante dalla sostituzione degli organi di gestione, e dunque sulla titolarità di una posizione giuridica connessa all'immagine professionale, nonché sul fatto (patrimonialmente rilevante) della "espunzione da una attività professionale che spesso costituisce l'unica fonte di reddito";
- per i soci, su diritti (sostanzialmente) di natura patrimoniale, consistenti nella "impossibilità di effettuare scelte imprenditoriali e quindi compromissione degli investimenti economici profusi nell'azienda";
- per gli ex amministratori e/o soci, sul diritto alla "dignità e reputazione", pregiudicati laddove le proprie "vicende personali e familiari costituiscano diretto oggetto di motivazione".

A ciò la sentenza parziale aggiunge, argomentando diffusamente, la considerazione che il sacrificio delle garanzie procedurali (quelle sacrificate nel procedimento che porta all'adozione dell'interdittiva) potrebbe essere bilanciato dalla possibilità di far valere le proprie ragioni in sede giurisdizionale anche da parte dei soggetti che sono immediatamente e gravemente incisi dal provvedimento prefettizio sebbene non formalmente destinatari dello stesso.

L'Adunanza Plenaria ritiene che tale ultima considerazione non possa assumere rilievo ai fini della soluzione della questione di diritto. E infatti, posta l'esclusione della partecipazione dei soggetti interessati al procedimento volto all'emanazione dei provvedimenti interdittivi, non appare possibile, onde riconoscere la legittimazione attiva in sede processuale (ai fini del ricorso avverso tale provvedimento), argomentare in termini di "bilanciamento" del "sacrificio delle garanzie procedurali" ovvero di "compensazione" della "omessa garanzia del contraddittorio endoprocedimentale" per il tramite di un riconoscimento di legittimazione ad agire.

Ciò che rileva, ai fini della soluzione del quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria, è la individuazione della sussistenza (o meno) di una situazione soggettiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica, con la conseguenza che, laddove tale situazione venga individuata ed abbia, in particolare, la consistenza di interesse legittimo, su di essa potrà fondarsi la legittimazione ad agire in giudizio a tutela della posizione medesima, in piena attuazione degli articoli 24 e 113 Cost. e, non ultimo, la stessa possibilità di partecipazione procedimentale, ai sensi degli artt. 7 ss. della legge n. 241/1990 (salvo verificare la specifica compatibilità degli istituti della l. n. 241/1990 con la disciplina del Codice delle leggi antimafia); non sussistendo, in caso contrario, né la legittimazione ad agire in giudizio né quella a partecipare al procedimento.

Né può essere dimenticato che, anche in sede di partecipazione procedimentale, la stessa legge n. 241 del 1990 - utilizzando un concetto di "pregiudizio" variamente riferito a diverse tipologie di "interesse" - conosce forme e livelli diversi di partecipazione in funzione di tutela nell'ambito del procedimento, riconoscendo:

- una partecipazione piena - quale forma di tutela "anticipata" in sede procedimentale delle proprie situazioni giuridiche - ai destinatari diretti del provvedimento che l'amministrazione intende assumere a conclusione del procedimento amministrativo, ovvero a coloro che dall'emanazione del medesimo, ancorché non ne siano diretti destinatari, possano subire un pregiudizio (i cd. controinteressati in sede procedimentale):
- una ulteriore forma di partecipazione, riconosciuta a quei soggetti, portatori di interessi pubblici o privati "cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento".

E tali differenti forme di partecipazione procedimentale si riflettono su distinte situazioni in sede processuale, quali quella della legittimazione ad agire o a resistere, per un verso; ovvero dell'intervento (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*), per altro verso.

D'altra parte, il recente DL n. 152 del 2021, nell'introdurre modifiche agli artt. 92 e 93 del d.lgs. n. 159/2011, prevede forme di partecipazione del destinatario del provvedimento di informazione antimafia interdittiva, disponendo che allo stesso venga data tempestiva comunicazione, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa e assegnandogli un termine (non superiore a venti giorni) per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, e per richiedere l'audizione.

Tale nuova disciplina, per un verso stempera le perplessità espresse dalla sentenza di rimessione in ordine all'adozione di un provvedimento "con riverberi assai durevoli nel tempo" senza alcun contraddittorio endoprocedimentale; per altro verso, rende palese come il legislatore ritenga titolare di una situazione giuridica tale da legittimarlo alla partecipazione procedimentale il solo soggetto possibile destinatario della misura interdittiva (la persona giuridica) e non altri.

Dunque, la risposta al quesito sottoposto consiste nella individuazione della sussistenza (o meno) di una posizione soggettiva in capo agli amministratori e ai soci della persona giuridica, con la conseguenza che, solo nel caso in cui tale posizione venga individuata ed abbia, in particolare, la consistenza di interesse legittimo, e questo subisca "pregiudizio" dall'esercizio del potere amministrativo, su di essa potrà fondarsi la legittimazione ad agire in giudizio a tutela della posizione medesima, in piena attuazione degli articoli 24 e 113 Cost.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte affermato che, nell'ambito del processo amministrativo impugnatorio, la legittimazione e l'interesse al ricorso integrano condizioni dell'azione necessarie per consentire al giudice adito di pronunciare sul merito della controversia, condizioni che devono esistere al momento della proposizione della domanda processuale e persistere fino alla decisione della vertenza.

La legittimazione e l'interesse al ricorso trovano giustificazione nella natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, che non risulta preordinata ad assicurare la generale legittimità dell'operato pubblico, bensì tende a tutelare la situazione soggettiva del ricorrente, correlata ad un bene della vita coinvolto nell'esercizio dell'azione autoritativa oggetto di censura.

Il giudice procedente, in particolare, deve quindi pregiudizialmente verificare l'esistenza in capo alla parte ricorrente:

- di una posizione qualificata e differenziata (che ha consistenza di interesse legittimo), correlata al bene della vita oggetto di esercizio del pubblico potere, idonea a distinguere il ricorrente da ogni altro consociato (accertamento strumentale alla verifica della legittimazione al ricorso);
- di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente, suscettibile, pertanto, di essere beneficiato - e, dunque, di trarre un'utilità effettiva - da un'eventuale sentenza di accoglimento della propria impugnazione.

A tali fini occorre ricordare che ciò che caratterizza l'interesse legittimo - e che costituisce la differenza essenziale dello stesso dal diritto soggettivo - è la sua inerenza alla esistenza e, soprattutto, all'esercizio del potere amministrativo: l'interesse legittimo, infatti, non è

percepibile sul piano, per così dire, “statico”, senza, cioè, che la pubblica amministrazione abbia esercitato o negato di esercitare, nei confronti del soggetto, il potere del quale essa è titolare.

La posizione di interesse legittimo (alla quale inerisce la legittimazione ad agire in sede processuale) presuppone ed esprime necessariamente una relazione intercorrente tra un soggetto che ha (o intende ottenere) una determinata utilità (riferita ad un “bene della vita”), e la pubblica amministrazione nell’esercizio di un potere ad essa attribuito dall’ordinamento giuridico, sia che tale utilità consista nel neutralizzare l’esercizio del potere amministrativo, a tutela di un patrimonio giuridico già esistente che verrebbe altrimenti compresso; sia se volta ad ottenere l’esercizio del potere amministrativo negato dall’amministrazione, attraverso il quale si intende(va) conseguire un ampliamento del proprio patrimonio giuridico.

In ambedue le ipotesi, quindi, esiste un rapporto diretto ed immediato tra l’esercizio del potere amministrativo e l’interessato all’esercizio del potere medesimo. Tale relazione diretta si concretizza nel fatto che il provvedimento amministrativo e suoi effetti interessano direttamente il patrimonio giuridico di un determinato soggetto, in senso compressivo o ampliativo.

Il primo riflesso di tale relazione diretta ed immediata è rappresentato dalla cd. partecipazione procedimentale: dalla possibilità, cioè, riconosciuta a titolari di posizioni qualificate (dall’essere interessate all’esercizio del potere) al modo stesso del “farsi” del potere amministrativo, alla costruzione delle determinazioni della pubblica amministrazione, nel luogo a ciò destinato, il procedimento amministrativo.

Proprio in virtù della relazione diretta ed immediata che deve intercorrere tra potere amministrativo e situazione di interesse legittimo, l’art. 7 della legge n. 241 del 1990 individua i soggetti che, in quanto titolari di determinate posizioni che saranno interessate dal provvedimento finale, devono essere destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, onde essere messi in condizione di partecipare al medesimo, svolgendovi attività riconducibile ad una forma di tutela - anticipata e procedimentale - della propria posizione giuridica.

A fronte di ciò, il successivo art. 9 individua ancora - quali soggetti distinti dai precedenti - coloro che possono partecipare al processo, in quanto vi hanno interesse, in tal modo dimostrandosi come, anche nell’ambito del procedimento amministrativo, l’esercizio del potere amministrativo non determina di per sé posizioni indifferenziate, come tali tutte meritevoli dell’identica tutela a questo riconosciuta.

Ulteriore riflesso della relazione diretta ed immediata tra soggetto titolare di interesse legittimo e pubblica amministrazione è rappresentato dal potere di agire in giudizio per la tutela del proprio interesse legittimo compromesso dall’esercizio o dal mancato esercizio (provvedimento negativo) del potere amministrativo.

In tal senso, il giudizio amministrativo, nella sua forma di giudizio impugnatorio di atti, tende ad assicurare al soggetto che si ritiene leso un vantaggio, che, attraverso l’eliminazione del

provvedimento lesivo, consiste o nel recuperare la pienezza del proprio patrimonio giuridico ovvero nel conseguire (o tentare di conseguire) attraverso l'esercizio del potere amministrativo un ampliamento del proprio patrimonio giuridico.

Ma, in ambedue le ipotesi, l'effetto proprio della sentenza costitutiva di annullamento si produce direttamente (e solo) sul patrimonio giuridico del soggetto per il quale si è instaurata - volente o nolente - una particolare relazione con la pubblica amministrazione, vuoi perché è l'amministrazione stessa che, unilateralmente e procedendo *ex officio*, ha intercettato la sua situazione giuridica, vuoi perché, al contrario, è stato il soggetto, attraverso una propria iniziativa di avvio procedimentale, a postulare l'esercizio (poi negato) del potere amministrativo.

Alla luce di quanto detto, può allora affermarsi che le caratteristiche di "personale" e "diretto", che devono assistere l'interesse legittimo, svolgono, sul piano sostanziale, anche il ruolo di definire l'ambito della (possibile) titolarità della posizione giuridica, il riconoscimento e tutela della medesima da parte dell'ordinamento giuridico.

Nell'ambito della situazione dinamica in cui si pone l'esercizio del potere amministrativo, dunque, l'interesse è "personale" in quanto si appunta solo in capo al soggetto che si rappresenta come titolare, ed è altresì (inscindibilmente con la prima caratteristica), anche "diretto", in quanto il suo titolare è posto in una relazione di immediata inerenza con l'esercizio del potere amministrativo (per essere destinatario dell'atto e/o per avere nei confronti dell'atto una posizione opposta, speculare a quella del destinatario diretto).

Ne consegue che non possono esservi posizioni di interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo conferite dall'ordinamento, che non siano quelle (e solo quelle) che sorgono per effetto dello stesso statuto normativo del potere, nell'ambito del rapporto giuridico di diritto pubblico, (pre)configurato normativamente.

L'interesse legittimo prevede, dunque, l'instaurazione di un rapporto giuridico con la pubblica Amministrazione; un rapporto giuridico che, per di più, non è ipotizzabile come potenziale, ma che si instaura al momento stesso dell'insorgenza della posizione.

Laddove, dunque, gli attributi di "personale" e "diretto" attengono all'interesse legittimo in quanto posizione sostanziale, e consentono di circoscriverne la titolarità, l'ulteriore attributo di "attuale", attiene alla proiezione processuale della posizione sostanziale, alla emersione della esigenza di tutela per effetto di un atto concreto e sincronicamente apprezzabile di esercizio di potere, che renda dunque necessaria l'azione in giudizio, onde ottenere tutela, e quindi "utile", a tali fini, la pronuncia del giudice.

È tale posizione giuridica che legittima al ricorso avverso l'atto amministrativo lesivo, se ed in quanto, attraverso l'annullamento dell'atto, si conserva o consegue (o si può conseguire, anche attraverso il riesercizio del potere amministrativo) quella utilità di cui si è, o si ritiene di dovere diventare, o si intende diventare, "titolare".

Al contrario, laddove non è individuabile tale posizione, ma sono enucleabili generiche posizioni di interesse, queste ultime - che ben possono ricevere indirettamente e/o di riflesso, un “pregiudizio” - legittimano i loro titolari a spiegare intervento in giudizio, ma non già ad impugnare autonomamente il provvedimento lesivo della sfera giuridica del soggetto con il quale intrattengono a diverso titolo rapporti giuridici.

L’ampliamento o la compressione del patrimonio giuridico, come si è già avuto modo di osservare, devono derivare direttamente dall’esercizio del potere amministrativo e solo questo determina, in sede processuale, la legittimazione ad agire.

Nel caso oggetto del giudizio in rassegna, si deve rinvenire carenza di legittimazione attiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica colpita da interdittiva antimafia.

Come ha affermato il prevalente orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato “il decreto prefettizio può essere impugnato dal soggetto che ne patisce gli effetti diretti, e quindi, dal destinatario dell’atto, e cioè dalla società, in quanto solo il destinatario subisce la lesione immediata e diretta alla sua posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo che consente il ricorso dinanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 7, comma 1, cpa”.

Si è anche affermato come laddove “la lesione lamentata dal ricorrente riveste ed è stata da egli stesso qualificata come lesione del suo “diritto” alla reputazione, alla dignità, situazione giuridica soggettiva che non ha natura di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo”, vi è carenza di titolarità di interesse legittimo “il che comporta ulteriori profili di inammissibilità del ricorso sotto altro aspetto”.

Più specificamente, con riferimento alla posizione degli appellanti, è la posizione degli stessi in rapporto alla persona giuridica/società per azioni che esclude la loro legittimazione ad agire, non essendo individuabile una loro titolarità di interesse legittimo.

Se, come essi stessi affermano, “il carattere di persona giuridica attribuito alla società non può eliderne la natura contrattuale e dunque il legame indissolubile con i contraenti, ossia i soci, o con le persone fisiche che, come gli amministratori, svolgono alcuni ruoli indispensabili perché la società possa determinarsi ad operare”, appare evidente come gli amministratori e/o i soci non siano destinatari diretti dell’esercizio del potere amministrativo, essendovi relazione diretta solo tra potere amministrativo e persona giuridica, ma essi emergono con un proprio (possibile e riflesso) pregiudizio solo per effetto di un diverso rapporto (di natura contrattuale o di altro tipo) che li lega al destinatario diretto (la società).

Ma questo rapporto, estraneo alla relazione intersoggettiva tra destinatario dell’atto e pubblica amministrazione, è inidoneo a far sorgere situazioni di interesse legittimo e impedisce, quindi, di configurare sul piano processuale la legittimazione ad agire nei confronti del provvedimento di interdittiva antimafia.

Ciò non significa che tale provvedimento non possa produrre “pregiudizi” sulla loro sfera giuridica, ma che, in ogni caso, questi ultimi non possono sorreggere la legittimazione ad impugnare, ma solo, nell’ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità e ricorrendone i presupposti, un intervento in giudizio.



Alla luce di tali considerazioni, l'Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto: *“gli amministratori ed i soci di una persona giuridica destinataria di interdittiva antimafia non sono titolari di legittimazione attiva all'impugnazione di tale provvedimento”*.

La soluzione data al primo quesito dispensa l'Adunanza Plenaria dall'esaminare il secondo quesito, sottopostole in via subordinata per il caso in cui venisse riconosciuta la sussistenza di legittimazione ad agire da parte di amministratori e soci contro il provvedimento di informativa antimafia interdittiva emesso nei confronti della società.

2. Ambito oggettivo della nozione di “paesaggio” ai fini della sua tutela

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 624 del 2022, in tema di tutela del paesaggio, ha chiarito che la nozione accolta dalla Convenzione europea del paesaggio, stipulata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con la legge 9 gennaio 2006, n. 14, introduce un concetto certamente ampio di “paesaggio”, non più riconducibile al solo ambiente naturale statico, ma concepibile quale frutto dell'interazione tra uomo e ambiente, valorizzando anche gli aspetti identitari e culturali, di modo che è pertanto la sintesi dell'azione di fattori naturali, umani e delle loro interrelazioni a contribuire a delineare la nozione, complessa e plurivoca, di “paesaggio”. Tuttavia, ai fini dell'applicazione della normativa in materia di tutela del paesaggio, non è possibile accedere a una concezione “olistica”, elaborata da scienze diverse da quella giuridica, in virtù della quale la nozione di ambiente risulti inglobata in quella di paesaggio; al contrario, va mantenuta l'autonomia di tale ultima nozione e il suo nucleo essenziale di carattere estetico, al quale è inevitabilmente attribuibile un carattere soggettivo (e non oggettivo), dal quale discende l'importanza da attribuire alla fruibilità da parte della popolazione. Ne discende la non predicabilità di lesioni del paesaggio in caso di interventi ai quali difetti il connotato essenziale della percepibilità da parte della collettività indifferenziata dei cittadini.

Fatto e diritto

Con ricorso dinanzi al TAR Lombardia, gli appellanti impugnavano il provvedimento del Comune di Milano del 15 novembre 2017, recante il rigetto dell'istanza di permesso di costruire per recupero per fini abitativi del sottotetto di uno stabile, nonché i presupposti pareri negativi della Commissione del paesaggio e il cosiddetto “*Manifesto degli indirizzi e delle linee guida della Commissione per il paesaggio del comune di Milano (1° aggiornamento)*”, approvato dalla Commissione nella seduta del 21 luglio 2016.

In sostanza gli istanti chiedevano, ai sensi degli artt. 63 e 64 della l.r. n. 12/2005, di poter realizzare appartamenti (3 unità, oltre ad ampliamento di unità preesistente), in tal modo recuperando il sottotetto, su due corpi di fabbrica appartenenti ad unico plesso immobiliare di proprietà indivisa.

Il diniego si fondava sui pareri negativi resi dalla Commissione paesaggio, in applicazione dell'art. 64, c. 8, l.r. n. 12/2005 sul preventivo esame dell'impatto paesistico dei progetti di recupero ad uso abitativo dei sottotetti incidenti sull'aspetto esteriore dei luoghi e degli edifici. In particolare, secondo la Commissione, l'intervento avrebbe un impatto negativo sulla sobria qualità architettonica dell'impianto architettonico unitario e ciò in quanto il progetto non interesserebbe l'intero complesso ma solo parte di esso.

I ricorrenti impugnavano il provvedimento dirigenziale del 17 aprile 2018, comportante la conferma del diniego di cui al pregresso provvedimento e il nuovo parere di inammissibilità

espresso in data 5 aprile 2018 dalla Commissione paesaggio in seguito alla ordinanza n. 243 del 2018, con cui il TAR adito chiedeva all'Amministrazione un approfondimento istruttorio, al fine di verificare l'alterazione dell'equilibrio di contesto "*mediante una valutazione di tipo complesso*".

Con un secondo atto di motivi aggiunti, i ricorrenti infine impugnavano il nuovo parere negativo, espresso in sede di richiesta di verifica preliminare, della Commissione per il paesaggio in data 17 settembre 2018 relativo al nuovo progetto depositato, recante una diversa soluzione architettonica.

Il TAR Lombardia, sede di Milano, dopo aver disposto, con ordinanza cautelare, un approfondimento istruttorio al Comune volto a verificare l'alterazione dell'equilibrio di contesto "*mediante una valutazione di tipo complesso*", ha confermato il rigetto della richiesta di permesso di costruire, con la sentenza n. 932 del 26 aprile 2019:

- a) ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il primo ricorso avente ad oggetto il primo diniego, in quanto sostituito dal successivo diniego;
- b) ha ritenuto infondato il primo ricorso per motivi aggiunti, escludendo che sussista il difetto di motivazione e che il parere della Commissione sia stato reso *ultra limes*, ritenendo che questa abbia correttamente applicato una nozione ampia di paesaggio, in linea con la Convenzione europea del paesaggio del 2000. Infatti, l'intervento finirebbe per alterare la linea architettonica unitaria degli immobili finitimi, considerato che, secondo la Commissione, ai fini del paesaggio rilevano sia gli spazi privati che la visione dall'alto;
- c) ha dichiarato inammissibile il secondo ricorso per motivi aggiunti, in quanto tramite esso è stato impugnato solo il parere della Commissione e non anche il successivo provvedimento di rigetto del Comune.

I ricorrenti hanno proposto appello, per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente accoglimento integrale del ricorso originario. Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, il quale si è opposto all'appello e ne ha chiesto l'integrale rigetto.

Nel merito, l'appello è fondato e deve pertanto essere accolto.

Ai fini di una migliore comprensione della vicenda oggetto del giudizio in fatto si precisa che la domanda di permesso di costruire per recupero per fini abitativi del sottotetto aveva ad oggetto due corpi di fabbrica appartenenti all'unico plesso immobiliare di proprietà indivisa. In particolare, l'immobile:

- ricade nell'ambito del Tessuto Urbano Consolidato (TUC) e nella porzione qualificata come ADR - "*tessuti urbani compatti a cortina*", per i quali il PGT impone talune specifiche prescrizioni morfologiche e l'art. 15 delle NTA del Piano delle regole prevede, in alternativa al rispetto della "*linea di altezza dell'edificio più basso adiacente alla costruzione*", la possibilità di una modalità diretta convenzionata, con richiamo, in tale ipotesi, all'impegno a uniformarsi al parere vincolante della Commissione per il paesaggio;

- è un edificio risalente agli anni 1910-1912 della tipologia edilizia definita “a corte”, con la conseguenza che l’unico numero civico individua due distinti corpi di fabbrica che si succedono con ordine longitudinale, ognuno dotato di proprio cortile;
- non è gravato da alcun vincolo, neanche di carattere paesaggistico, né quale bene individuale né quale bellezza di insieme.

Il progetto oggetto dell’istanza prevede il mantenimento della quota di colmo e riguarda esclusivamente le falde prospicienti il lato cortile, sviluppando una “*modesta pendenza delle falde*”, in tal modo risultando percepibile solo da chi ha titolo a entrare nell’immobile e accedere al cortile.

Con un’unica complessa censura gli appellanti, nell’eccepire l’illegittimità del diniego, hanno appunto evidenziato, oltre all’assenza di vincoli sull’immobile, la non percepibilità dell’intervento dall’esterno, essendo esso visibile solo dalla corte interna, e quindi l’irrelevanza di esso ai fini dell’impatto paesaggistico, secondo la nozione accolta dalla stessa Convenzione europea del paesaggio del 2000 che condizionerebbe la rilevanza paesaggistica alla fruibilità da parte della collettività.

Al riguardo, il Collegio ritiene non condivisibile l’interpretazione resa dal primo giudice, che ha fondato la propria decisione su una concezione ampia e “olistica” del “paesaggio”, arrivando ad affermare - in maniera emblematica - che questa ormai ingloberebbe anche la nozione di “ambiente”.

Invero, tale approccio, sebbene possa ritenersi in ipotesi comprensibile con riferimento alle scienze tecniche quali l’urbanistica e l’ingegneria, non è attuabile sul piano giuridico, ove i concetti restano distinti e collegati a interessi diversi, seppur convergenti.

D’altro canto, la lettura data dal primo giudice non risulta necessitata dalla Convenzione europea del paesaggio, che:

- a) impone agli Stati parte della Convenzione di “*riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità*”;
- b) definisce il paesaggio come “*una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni*”;
- c) nell’individuare il proprio “*Campo di applicazione*” (art. 2) fa riferimento a “*gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani*”, comprendendo “*sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, che i paesaggi della vita quotidiana e i paesaggi degradati*”.

Invero, la Convenzione introduce un concetto certamente ampio di “paesaggio”, non più riconducibile al solo ambiente naturale statico, ma concepibile quale frutto dell’interazione tra uomo e ambiente, valorizzando anche gli aspetti identitari e culturali. Secondo tale

prospettiva, è pertanto la sintesi dell'azione di fattori naturali, umani e delle loro interrelazioni a contribuire a delineare la nozione, complessa e plurivoca, di "paesaggio".

Ciò nonostante, tale approccio non giustifica l'affermazione di una concezione "olistica" del paesaggio, accolta dal primo giudice nella sentenza impugnata, dovendo restare ferma la distinzione tra questo e le altre materie, correndosi altrimenti il rischio di cadere in inevitabili confusioni, ad esempio arrivando ad affermare la validità della macro categoria del governo del territorio ovvero una nozione onnicomprensiva di "ambiente".

Invero, l'arricchimento in senso contenutistico voluto dalla Convenzione non può intaccare il nucleo essenziale di carattere estetico, in senso gnoseologico, del "paesaggio", al quale è inevitabilmente attribuibile un carattere soggettivo (e non oggettivo), dal quale discende l'importanza da attribuire alla fruibilità da parte della popolazione.

Pertanto, come affermato da parte della dottrina, resta netta la distinzione tra paesaggio e ambiente, implicando - il primo - la percezione (per lo più qualitativa) e l'interpretazione da un punto di vista soggettivo e - il secondo - prevalentemente l'apprezzamento delle quantità fisico-chimiche e dei loro effetti biologici sull'ecosistema da un punto di vista oggettivo.

Del resto, a una diversa conclusione ermeneutica non conducono le ulteriori fonti normative, applicate nel caso di specie dal Comune di Milano e dalla competente Commissione per il paesaggio, che hanno recepito tale nozione ampia di paesaggio e, in particolare:

a) le "linee guida per l'esame paesistico dei progetti" approvate dalla Regione Lombardia che riconoscono che: *"Ogni intervento che opera una trasformazione del territorio è potenzialmente un intervento di trasformazione del paesaggio; L'aspetto di un intervento e il conseguente esito paesistico sono sostanzialmente valutabili solo a seguito della completa definizione progettuale dello stesso relazionata al contesto"*;

b) le NTA del Piano paesistico del territorio che, per definire la nozione di paesaggio, richiamano all'art. 1 la definizione presente nella citata Convenzione europea e gli obiettivi del Piano paesistico lombardo;

c) il "Manifesto degli indirizzi e delle linee guida della Commissione per il paesaggio" che riporta i principi di particolare rilevanza ai fini della valutazione dei progetti, affermati dal Piano territoriale paesaggistico regionale, da cui si desume che *"ogni intervento che opera una trasformazione del territorio è potenzialmente un intervento di trasformazione del paesaggio; l'aspetto di un intervento e il conseguente esito paesistico sono sostanzialmente valutabili a seguito della completa definizione progettuale dello stesso relazionata al contesto; la valutazione sugli esiti paesistici ha per sua natura carattere discrezionale"*.

Invero, tali previsioni, sebbene si conformino all'approccio estensivo che fa da sostrato alla citata Convenzione, non mutano l'essenza stessa della nozione di paesaggio, dalla quale restano estranee ulteriori valutazioni afferenti a materie diverse, che potrebbero in ipotesi portare a valorizzare elementi non connaturati al paesaggio stesso.

Peraltro, va osservato in termini generali che, ai fini dell'applicazione delle norme in materia di tutela del paesaggio, l'interesse pubblico cui questa è funzionale va bilanciato anche con corrispondenti interessi privati, *in primis* quelli relativi al diritto di proprietà che viene inevitabilmente limitato dalle prescrizioni di tutela dei beni paesaggistici, il che è costituzionalmente legittimo nei limiti di cui al noto articolo 42 della Costituzione.

Con specifico riferimento al caso in esame, assume pertanto rilievo dirimente la circostanza che l'intervento per cui è causa insiste su una porzione del manufatto (che di per sé non è soggetto ad alcun vincolo) non fruibile dalla collettività in quanto prospettante su una corte interna.

Al riguardo, si ravvisa in primo luogo che una tale accezione non è estrapolabile da nessuna delle fonti citate dall'Amministrazione, emergendo, per converso, indici normativi contrari, che inducono a dare rilevanza ai fini della valutazione dell'impatto paesaggistico alla sola percepibilità dell'intervento dalla collettività indistinta dei cittadini.

Del resto, la conclusione adottata dall'Amministrazione (e seguita dal primo giudice) tradirebbe il necessario bilanciamento tra la libera esplicazione del diritto di proprietà, di cui è espressione lo *jus aedificandi*, e il (preteso) interesse pubblico alla salvaguardia di un valore paesaggistico, che – ove pure in ipotesi sussistente sul piano estetico – finisce per essere recessivo ove afferente a un bene non fruibile dalla generalità indifferenziata dei consociati.

Per tale motivo, finisce per essere irragionevolmente restrittivo e non giustificato dal richiamo a una nozione di paesaggio rettamente intesa il parere negativo risolvendosi nella prescrizione, per coloro che volessero intervenire sul prospetto dell'edificio per cui è causa, di dover necessariamente estendere l'intervento a tutti gli edifici limitrofi che con esso compongono una "schiera" continua, acquisendo quindi il consenso anche dei proprietari degli stessi.

Alla luce di tali considerazioni, si deve pertanto concludere per affermare l'illegittimità dell'impugnato provvedimento di diniego, in quanto basato esclusivamente sulla valutazione ostativa della Commissione del Paesaggio espressasi, in base a una non condivisibile concezione di "paesaggio", su un elemento architettonico (la conformazione della falda del tetto) estraneo al paesaggio perché prospiciente solo il cortile interno e dunque non percepibile se non da chi abbia titolo particolare all'ingresso nel cortile.

3. Alla Corte di Giustizia Ue alcune questioni sugli impianti di produzione di elettricità e sulle assegnazioni di quote CO2

Il TAR Lazio (ordinanza n. 287 del 2022) ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue i seguenti quesiti: *i)* se la deliberazione assunta dal 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 considerazione della procedura di adozione e, in particolare, del meccanismo di interlocuzione con la Commissione europea previsto dal Regolamento delegato (Ue) 2019/331 (inclusione degli impianti all'interno dell'elenco per l'assegnazione di quote CO2) possa essere oggetto di autonoma impugnazione innanzi al Tribunale dell'Unione europea, laddove l'atto impugnato sia produttivo di effetti giuridici vincolanti e riguardi direttamente l'operatore economico ricorrente; *ii)* se, in caso contrario, l'operatore economico privato direttamente leso dall'esclusione dalle assegnazioni di quote CO2, sulla scorta dell'istruttoria condotta dalla Commissione europea e dal Comitato Nazionale sopra citato, possa impugnare innanzi al Tribunale dell'Unione europea la decisione assunta dalla Commissione europea di rifiutare l'inclusione dell'impianto nell'elenco; *iii)* se la nozione di "impianto di produzione di elettricità" ricomprenda anche situazioni in cui l'impianto produca in minima parte energia elettrica cogenerativa, non ad alto rendimento, caratterizzandosi per una pluralità di fonti di energia termica diverse dalla cogenerazione aventi le caratteristiche per il riconoscimento delle quote gratuite di emissione; *iv)* se una tale interpretazione della definizione di "impianto di produzione di elettricità" sia compatibile con i principi generali di diritto dell'Unione del rispetto delle condizioni concorrenziali tra operatori in caso di concessione di incentivi e di proporzionalità, laddove esclude totalmente un impianto connotato da una pluralità di fonti di energia, senza scorporare i valori di emissione riferiti alle fonti diverse dalla cogenerazione aventi pieno titolo a ricevere i benefici previsti.

L'oggetto del procedimento principale e i fatti pertinenti

La società ricorrente ha chiesto al Tribunale di annullare la deliberazione del Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto, pubblicata sul sito del Ministero della Transizione Ecologica in data 12 aprile 2021, nella parte in cui, con riferimento al quinquennio 2021-2025 (cd. Fase 4) assegna 0 (zero) quote di emissione a titolo gratuito, con riferimento ad un impianto, ivi compresa la nota del Comitato ETS del 21 ottobre 2020, nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente e comunque connesso.

La società ricorrente, operante nel settore delle attività ambientali e delle energie alternative, premesso di gestire impianti con potenza termica nominale totale superiore a 20 MW a servizio di impianti industriali di terzi, tra i quali quello indicato, ha rappresentato che:

- a) l'impianto in argomento rientra nell'ambito di applicazione di tale sistema ETS di cui alla direttiva 2003/87/CE, come modificata dalla direttiva 2009/29/UE e, più recentemente, dalla direttiva 2018/410/UE (la "Direttiva ETS"), recepita nel nostro ordinamento dal D.lgs. 9 giugno 2020, n. 47 (il "D.lgs. 47/2020");
- b) nel mese di giugno 2019, in qualità di gestore del detto impianto, in quanto partecipante all'EU ETS, la società ha trasmesso al Comitato la documentazione inerente alla richiesta di assegnazione di quote gratuite di emissione con riferimento alla quarta fase (2021-2025), utilizzando il portale AGES e compilando il modello NIMS (*National Implementation Measures*) in cui sono stati inseriti i dati sull'andamento storico delle emissioni e delle attività per l'impianto autorizzato, in particolare rispetto al periodo 2014-2018. Il sistema ha quindi generato automaticamente, sulla base dei detti dati, una simulazione delle quote gratuite spettanti che prevedeva l'assegnazione all'impianto di una certa quantità di queste quote;
- c) nel corso della procedura, nel mese di marzo 2020, sono pervenute alla ricorrente, direttamente dalla Commissione Europea, richieste di chiarimenti, tramite questionario da compilare sul portale AGES, con le quali si richiedeva di specificare se l'impianto in questione, essendo stato qualificato come produttore di energia elettrica, fosse cogenerativo ad alto rendimento (High Efficiency CHP) secondo la Direttiva 2012/27/EU. La società provvedeva, quindi, a riscontrare tali richieste dichiarando che il sito non è, allo stato attuale, cogenerativo ad alto rendimento;
- e) con mail del 26 maggio 2020, la Commissione europea ha rilevato che secondo l'elenco previsto ("the NIMs list"), l'impianto in questione è un generatore di elettricità, con richiesta, dunque, di confermare se l'impianto è dotato di cogenerazione ad alto rendimento (HE CHP) come definito dalla Direttiva 2012/27/EU. Ai sensi dell'articolo 10 bis, paragrafo 4, della direttiva ETS dell'UE, l'assegnazione può essere riconosciuta; in assenza di HE CHP, la Commissione ha evidenziato la necessità di rimuovere l'impianto dalla NIMs list. Tale indicazione è stata trasmessa dal Comitato ETS alla società, la quale, nel fornire riscontro, ha precisato che il sito è in realtà costituito da una pluralità di fonti di combustione diverse dalla cogenerazione, con conseguente spettanza dell'assegnazione di quote gratuite all'impianto nel suo complesso;
- f) la società ricorrente ha specificato in giudizio che nell'impianto di Mirafiori esistono una pluralità di fonti di energia termica diverse dalla cogenerazione che, come tali, dovrebbero beneficiare dell'assegnazione delle rispettive quote, essendo la componente di produzione di energia elettrica assolutamente marginale e comunque scorporabile dalle altre fonti di combustione. La ricorrente precisa che attualmente l'unico impianto di produzione di energia elettrica presente e attivo sul sito produttivo risulta essere una turbina a vapore per la quale non è stata richiesta dalla società la qualifica CAR secondo il DM 4 agosto 2011. La centrale termoelettrica utilizza come combustibile solo gas naturale ed ha una potenzialità termica pari a 382, 1 MWt ed una elettrica pari a 59,86 MWe. L'impianto ha goduto nella terza fase (periodo 2013-2020) della assegnazione di quote a titolo gratuito;

g) successivamente agli approfondimenti svolti ed alle ulteriori interlocuzioni intercorse, il Comitato ETS, con nota endoprocedimentale del 21 ottobre 2020, ha comunicato alla società l'esito dell'istruttoria condotta in accordo con la Commissione Europea, riferendo che l'impianto in questione si qualificherebbe dunque come "produttore di elettricità" e, pertanto, non sarebbe idoneo a beneficiare delle quote di emissione a titolo gratuito;

f) il Comitato ETS ha aggiornato la tabella nazionale di cui alla Direttiva ETS e non ha attribuito nessuna quota di emissione all'impianto.

Alla luce dei suddetti fatti la ricorrente ha lamentato di essere rimasta ingiustamente non assegnataria di alcuna quota di emissione.

Il quadro normativo

Il sistema di scambio di quote di emissione dell'UE (*European Union Emissions Trading Scheme* - UE ETS) è una delle pietre angolari su cui si fonda la politica dell'UE per contrastare i cambiamenti climatici e uno strumento essenziale per ridurre in maniera economicamente efficiente le emissioni di gas a effetto serra.

Tale sistema, attivo in 31 Paesi (i 28 dell'UE, più l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia) coinvolge le emissioni prodotte da oltre 11.000 impianti ad alto consumo di energia (centrali energetiche e impianti industriali) e dalle compagnie aeree che collegano tali Paesi e circa il 45% delle emissioni di gas a effetto serra dell'UE. Esso opera secondo il principio della limitazione e dello scambio delle emissioni.

Viene fissato un tetto alla quantità totale di alcuni gas serra che possono essere emessi dagli impianti che rientrano nel sistema e questo tetto si riduce nel tempo, di modo che le emissioni totali diminuiscano.

Entro questo limite, le imprese ricevono o acquistano quote di emissione che, se necessario, possono scambiare. Le imprese possono anche acquistare quantità limitate di crediti internazionali da progetti di riduzione delle emissioni di tutto il mondo. La limitazione del numero totale garantisce che le quote disponibili abbiano un valore.

Alla fine di ogni anno le società devono restituire un numero di quote sufficiente a coprire le loro emissioni se non vogliono subire pesanti multe. Se un'impresa riduce le proprie emissioni, può mantenere le quote inutilizzate per coprire il fabbisogno futuro, oppure venderle a un'altra impresa che ne sia a corto.

Lo scambio crea flessibilità e garantisce che le riduzioni delle emissioni avvengano quando sono più convenienti. Un solido prezzo della CO₂ favorisce inoltre gli investimenti in tecnologie pulite e a basso rilascio di CO₂.

La Direttiva 2003/87/CE (Direttiva ETS – successivamente modificata dalla direttiva 2009/29/CE e, da ultimo, dalla direttiva 2018/410/UE), che è la base del sistema ETS prevede, quindi, che dal 1° gennaio 2005 gli impianti grandi emettitori dell'Unione Europea

non possano funzionare senza un'autorizzazione alle emissioni di gas serra. Ogni impianto autorizzato deve compensare annualmente le proprie emissioni con quote (*European Union Allowances* – EUA, equivalenti a 1 tonnellata di CO₂eq) che possono essere comprate e vendute dai singoli operatori interessati. Gli impianti possono acquistare le quote nell'ambito di aste pubbliche europee o riceverne a titolo gratuito. In alternativa, possono approvvigionarsene sul mercato.

La Direttiva ETS stabilisce che dal 2013 gli impianti di produzione di energia elettrica e gli impianti che svolgono attività di cattura, trasporto e stoccaggio del carbonio (CCS) devono approvvigionarsi all'asta di quote per l'intero del proprio fabbisogno (assegnazione a titolo oneroso). Al contrario, gli impianti afferenti settori manifatturieri hanno diritto all'assegnazione a titolo gratuito, sulla base del loro livello di attività e di standard di riferimento (benchmark) elaborati dalla Commissione europea e validi a livello europeo.

I settori a elevato rischio di *carbon leakage*, ossia esposti al rischio delocalizzazione, a causa dei costi del carbonio, verso paesi con politiche ambientali meno rigorose, beneficiano di un'assegnazione di quote a titolo gratuito pari al 100% del proprio *benchmark* di riferimento.

L'articolo 10-bis, par. 6, della direttiva ETS prevede che gli Stati membri possano adottare *“misure finanziarie a favore di settori o sottosettori considerati esposti a un rischio elevato di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio a causa dei costi connessi alle emissioni di gas a effetto serra trasferiti sui prezzi dell'energia elettrica, al fine di compensare tali costi e ove tali misure finanziarie siano conformi alle norme sugli aiuti di Stato applicabili e da adottare in tale ambito”*.

In Italia, col d.lgs. n. 216/2006 e successivamente col d.lgs. n. 30/2013 il Comitato Nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per la gestione delle attività di progetto del Protocollo di Kyoto (Comitato ETS) è stato individuato come l'Autorità nazionale competente per l'attuazione dell'ETS.

Il Comitato ETS è un organo interministeriale presieduto dal Ministero dell'Ambiente e partecipato dai Ministeri dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture. Tra le altre funzioni, il Comitato ETS determina il quantitativo annuo di quote da assegnare a titolo gratuito ai gestori eleggibili conformemente alle norme unionali, con particolare riferimento alle regole per l'assegnazione gratuita delle quote. Il Comitato ETS, in quanto autorità nazionale preposta all'attuazione della direttiva europea 2003/87/CE e della successiva Direttiva 2018/410 è dotato di compiti istruttori e decisionali.

Al riguardo, si rammenta che i membri del Comitato ETS sono scelti *“tra persone di elevata qualifica professionale e comprovata esperienza nei settori interessati dal presente decreto”*. Inoltre, proprio al fine di espletare una corretta attività istruttoria preliminare (prima di emettere le deliberazioni definitive sugli impianti fissi), è stata istituita un'apposita *“Segreteria tecnica”*, composta da cinque funzionari del Ministero della Transizione Ecologica, aventi competenze per poter gestire le complessità e le criticità del sistema ETS.

Il Comitato cura l'inoltro alla Commissione UE di un elenco che contiene alcune informazioni per ciascun impianto esistente che richiede l'assegnazione gratuita di quote. Non appena ricevuto l'elenco, la Commissione esamina l'inclusione di ogni impianto nell'elenco e i relativi dati comunicati e, qualora non rifiuti l'inclusione, i dati sono usati per il calcolo dei valori riveduti dei parametri di riferimento.

Il sistema ETS UE ha dimostrato che fissare un prezzo per la CO₂ e scambiarla può funzionare: le emissioni degli impianti che partecipano al sistema stanno diminuendo come auspicato, di poco più del 5% rispetto all'inizio della fase 3 (2013-2020). Nel 2020 le emissioni dei settori disciplinati dal sistema saranno inferiori del 21% rispetto al 2005.

La partecipazione all'ETS è obbligatoria per le imprese che operano in alcuni settori, ma:

- in alcuni settori sono inclusi soltanto gli impianti al di sopra di una certa dimensione;
- alcuni impianti di dimensioni ridotte possono essere esclusi qualora le amministrazioni mettano in atto misure fiscali o di altro genere che ne riducano le emissioni di un quantitativo equivalente;
- nel settore dell'aviazione, fino al 31 dicembre 2023 il sistema ETS UE si applica unicamente ai voli tra aeroporti situati nello Spazio economico europeo (SEE).

Con riferimento al periodo in corso ("quarta fase ETS"), che copre gli anni dal 2021 al 2030, le interazioni tra la Commissione, gli Stati membri e gli operatori economici coinvolti, finalizzate a raccogliere le informazioni utili a determinare i soggetti beneficiari di assegnazione e il quantitativo di quote gratuitamente assegnate a ciascuno di essi (procedimento noto come "raccolta dati"), sono iniziate nella prima metà del 2019.

Le informazioni richieste agli impianti ricadenti nel campo di applicazione della direttiva, nonché le modalità e le procedure di invio dei dati alla Commissione da parte degli Stati membri (tramite le rispettive autorità nazionali competenti, che per l'Italia è il Comitato ETS), sono previste dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 della Commissione del 19 dicembre 2018. L'articolo 14 del Regolamento ("Misure nazionali di attuazione") individua i passaggi necessari per la predisposizione dell'elenco dei beneficiari di assegnazione gratuita:

- l'autorità nazionale competente presenta alla Commissione un elenco mediante modello elettronico predefinito, contenente le principali informazioni relative agli impianti;
- l'elenco viene sottoposto a controlli di completezza e coerenza da parte della Commissione e, dopo eventuali revisioni ed esclusioni, viene usato per definire i quantitativi annuali preliminari di quote gratuite per ciascun impianto.

L'oggetto della controversia

La società, alla quale non è stata assegnata alcuna quota gratuita, ritiene che tale circostanza sia dipesa dall'errata considerazione della peculiare situazione di fatto in cui si trova l'impianto termoelettrico gestito dalla società ricorrente.

L'art. 10-*bis*, comma 3 della Dir. 2003/87/CE sarebbe stato erroneamente applicato all'impianto dalla società ricorrente sulla base di un'erronea interpretazione della sentenza della Corte di Giustizia del 20 giugno 2019, causa C-682/17 nella quale è stata fornita l'interpretazione della nozione di "*impianto di produzione di elettricità*", che si concretizza nella immissione "*in modo continuativo, dietro corrispettivo, nella rete elettrica pubblica una parte, seppur esigua, dell'energia elettrica generate*". L'impianto in questione non potrebbe essere considerato come "produttore di elettricità" nel senso reso esplicito dalla sentenza della Corte di Giustizia del 20 giugno 2019, causa C 682/17, poiché quest'ultima non ha preso in esame lo specifico caso di impianti (come quello d'interesse) nei quali sono compresenti più fonti.

Infatti, la società evidenzia che nella centrale termoelettrica erano presenti, storicamente, diversi impianti di cogenerazione, ora dismessi, di cui alcuni considerati ad alto rendimento. L'impianto ha goduto nella terza fase (periodo 2013-2020) della assegnazione di quote a titolo gratuito.

La Commissione Europea e il Comitato avrebbero dunque dovuto distinguere l'energia termica prodotta dalla centrale termica (che avrebbe potuto ricevere quote gratuite) da quella prodotta dall'impianto di cogenerazione non ad alto rendimento. Infatti, indipendentemente dal contenuto delle comunicazioni intercorse tra la ricorrente e il Comitato e tra quest'ultimo e la Commissione, tale suddivisione sarebbe stata facilmente verificabile ed individuabile da diversi documenti in possesso delle Autorità.

I dati di riferimento risulterebbero:

- dalle autorizzazioni ETS in cui viene dettagliatamente descritto ogni impianto e le fonti presenti;
- dai Piani di monitoraggio caricati sul portale *Emission Trading* del Mite dove emerge chiaramente la suddivisione dell'impianto tra cogenerazione e altre fonti di calore.

Quanto all'attribuzione della giurisdizione in ordine alla definizione della controversia, secondo la parte ricorrente il Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto non è un'istituzione dell'Unione Europea bensì "un organo interministeriale presieduto dal Ministero dell'Ambiente e partecipato dai Ministeri dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture". È il Comitato ETS a determinare l'inserimento dell'impianto all'interno dell'elenco ed a deliberare l'assegnazione finale delle quote assegnate a titolo gratuito a ciascuno degli impianti ricompresi in detto elenco. Lo stesso agisce come organo del MTE e, trattandosi di organo nazionale, tutti gli atti emanati dallo stesso sono dotati di efficacia provvedimentoale e spetta allo Stato membro – e nella specie al giudice amministrativo – sindacarne la legittimità.

Pertanto, il controllo sulla legittimità degli atti di organi degli Stati membri è espressamente precluso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, salvo che nel caso in cui il provvedimento sia solo formalmente adottato da un organo nazionale ma, in ultima analisi,

risulti sostanzialmente il prodotto di un processo deliberativo esitato a livello sovranazionale, nel qual caso, come affermato nella pronuncia della Corte di Giustizia del 3 dicembre 2019 nella causa pregiudiziale, il privato che dallo stesso si veda lesa può impugnarlo entro i prescritti termini di decadenza innanzi al Tribunale dell'Unione Europea, al pari di un provvedimento adottato direttamente dagli organi UE.

Costituendosi in giudizio, l'Amministrazione ha dedotto che al fine di comprendere il merito della decisione della Commissione occorre partire dalla sentenza della Corte di Giustizia del 20 giugno 2019, nella quale è stata fornita l'interpretazione della nozione di "impianto di produzione di elettricità" o "*electricity generator*".

Nella sentenza si legge che *"un impianto che nell'ambito della sua attività di combustione di carburanti in impianti di potenza termica nominale totale superiore a 20MW di cui all'allegato I della direttiva, produce elettricità destinata essenzialmente ad essere impiegata per il fabbisogno dell'impianto stesso, deve essere considerato un "impianto di produzione di elettricità" ai sensi dell'articolo 3, lettera u) della direttiva ("electricity generator"), qualora, da un lato, in tale impianto venga effettuata allo stesso tempo un'attività non rientrante nel campo di applicazione ETS, e dall'altro, lo stesso impianto immetta in modo continuativo, dietro corrispettivo, nella rete elettrica pubblica (alla quale l'impianto deve essere allacciato in modo permanente per motivi tecnici) una parte, sia pure esigua, dell'energia elettrica generata"*. E la conseguenza della qualificazione di un impianto come "*electricity generator*" è il venir meno del diritto all'assegnazione di quote a titolo gratuito per ogni eventuale sottoimpianto, ad eccezione di alcuni casi espressamente previsti in direttiva.

Con riferimento ai "sottoimpianti oggetto di parametro di riferimento calore" all'interno di un impianto qualificato come "*electricity generator*", nella già citata sentenza si legge che: "un impianto di produzione di elettricità ai sensi dell'articolo 3, lettera u) della direttiva 2003/87 non ha il diritto che gli siano assegnate quote di emissioni a titolo gratuito per il calore prodotto nell'ambito dell'attività in esso svolta di combustione di carburanti in impianti di potenza termica totale superiore a 20 MW di cui all'allegato I di tale direttiva, qualora detto calore sia utilizzato per fini diversi rispetto alla produzione di elettricità, dal momento che un siffatto impianto non soddisfa le condizioni poste dall'articolo 10-*bis*, paragrafi 4 e 8 della direttiva". Le conseguenze operative di tale sentenza sono che un impianto qualificabile come "*electricity generator*", come quello in commento, non ha diritto ad assegnazione gratuita, perché non rientra in nessuna delle casistiche che fanno eccezione a tale esclusione.

L'Amministrazione rammenta che la Commissione presentava, in data 23 aprile 2020, un documento del gruppo esperti CCEG – *Climate Change Expert Group* che chiariva gli aspetti appena indicati. In tale quadro di riferimento, a seguito dell'avvenuto caricamento dei dati da parte della società ricorrente con riferimento all'impianto, la Commissione formulava tre successive richieste di chiarimenti in altrettante "interazioni" con il Comitato ETS. All'esito delle interlocuzioni, la Commissione riteneva che non trattandosi di impianto di cogenerazione ad alto rendimento, non ricorresse nessuna delle fattispecie menzionate

dall'articolo 10-*bis*, par. 3, costituenti eccezioni alla regola che vieta l'assegnazione di quote a titolo gratuito agli *electricity generator* in quanto l'impianto è qualificabile come impianto di produzione di elettricità, e quindi ricade nel divieto di cui all'articolo 10-*bis*, par. 3 della direttiva.

A fronte di tale argomentata e netta posizione della Commissione europea, il Comitato ETS si limitava ad informarne l'operatore con PEC del 21 ottobre 2021.

Precisa la difesa dell'Amministrazione che, dalla ricostruzione degli scambi avvenuti sulla piattaforma messa a disposizione dalla Commissione per il caricamento dei dati, la società ricorrente non soltanto ha attivamente partecipato all'attività istruttoria, in contraddittorio con il Comitato ETS e indirettamente con la Commissione, ma ha avuto l'occasione di replicare alle criticità riscontrate dalla Commissione europea ed era a conoscenza delle ragioni per le quali la stessa ha deciso di non includerla tra gli impianti beneficiari di assegnazione di quote a titolo gratuito.

Pertanto, in punto di giurisdizione, l'Amministrazione evidenzia che la Commissione conserva per legge un potere di valutazione conclusiva vincolante nei confronti degli Stati. Nel caso di specie è stata la Commissione a chiedere l'annullamento dell'allocazione/assegnazione gratuita relativa all'impianto della ricorrente, e il Comitato ha dovuto dare seguito a tale richiesta della Commissione, con atto totalmente vincolato.

Pertanto, secondo l'Amministrazione, l'esclusione dell'impianto della società ricorrente dalla tabella nazionale di allocazione e il conseguente mancato riconoscimento di quote a titolo gratuito, risultano essere atti del tutto vincolati alle valutazioni compiute dalla Commissione. Ne deriverebbe la insussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo italiano sulla controversia, che spetterebbe alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Le questioni pregiudiziali

Vertendosi in tema di interpretazione del diritto dell'Unione europea, il TAR ritiene, per la rilevanza degli interessi coinvolti e per la complessità dei valori in gioco, di sottoporre al Giudice comunitario i seguenti quesiti:

1. se la deliberazione assunta dal 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 considerazione della procedura di adozione e, in particolare, del meccanismo di interlocuzione con la Commissione europea previsto dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 in merito all'inclusione degli impianti all'interno dell'elenco per l'assegnazione di quote CO₂ possa formare oggetto di autonoma impugnazione innanzi al Tribunale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE laddove l'atto impugnato sia produttivo di effetti giuridici vincolanti e riguardi direttamente l'operatore economico ricorrente;

2. se, in caso contrario, possa il privato operatore economico direttamente leso dall'esclusione dalle assegnazioni di quote CO2 sulla scorta dell'istruttoria condotta di concerto dalla Commissione europea e dal Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto impugnare la decisione assunta dalla Commissione europea di rifiutare l'inclusione dell'impianto nell'elenco ai sensi dell'art. 14 comma 4 del dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 innanzi al Tribunale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE;
3. se la nozione di "impianto di produzione di elettricità" ai sensi dell'Articolo 3(u) della Direttiva 2003/87/CE, come risultante dalla sentenza della Corte (Quinta Sezione) 20 giugno 2019, ricomprenda anche situazioni in cui l'impianto produca in minima parte energia elettrica cogenerativa, non ad alto rendimento, caratterizzandosi per una pluralità di fonti di energia termica diverse dalla cogenerazione aventi le caratteristiche per il riconoscimento delle quote gratuite di emissione;
4. se una tale interpretazione della definizione di "impianto di produzione di elettricità" sia compatibile con i principi generali di diritto dell'Unione del rispetto delle condizioni concorrenziali tra operatori in caso di concessione di incentivi e di proporzionalità della misura laddove esclude totalmente un impianto connotato da una pluralità di fonti di energia, senza scorporazione dei valori di emissione riferiti alle fonti di calore diverse dalla cogenerazione aventi pieno titolo a ricevere i benefici previsti.

4. Alla Corte di giustizia il principio del *ne bis in idem* e le sanzioni per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette

La sesta sezione del Consiglio di Stato rinvia alla Corte di Giustizia alcune questioni interpretative, al fine di accertare se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna (codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale e, quindi, in violazione del principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tra i passaggi salienti dell'ordinanza si segnala il richiamo alle principali sentenze della Corte di giustizia sul tema e ai relativi approcci interpretativi, oltreché alla connessa rilevanza, sotto vari profili, della disciplina nazionale in tema di "pratiche commerciali" scorrette, con particolare riferimento all'art. 20 del Codice del consumo.

Esposizione sommaria dell'oggetto della controversia e dei fatti rilevanti

Le società appellanti impugnavano la sentenza n. 6920 del 2019 del TAR Lazio, di rigetto dell'originario gravame avverso il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 26137, adottato nell'adunanza del 4 agosto 2016, con cui l'Autorità aveva condannato in solido le ricorrenti al pagamento di una sanzione pecuniaria pari 5 milioni di euro per aver posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera b), e 23, comma 1, lettera d), del d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206.

Il procedimento confluito nel provvedimento impugnato prendeva le mosse in seguito al ricevimento di alcune circostanziate segnalazioni formulate all'Autorità antitrust da quattro associazioni di consumatori e alle conseguenti verifiche effettuate d'ufficio. L'Autorità quindi comunicava alla società l'avvio di un procedimento sanzionatorio per la violazione degli articoli 20, comma 2, 21, comma 1, lettera b), 23, comma 1, lett. d), d.lgs. 209 del 2005 (c.d. codice del consumo).

I profili di scorrettezza ipotizzati riguardavano la commercializzazione da parte delle società, a partire dal 2009, di veicoli diesel nei quali era stato installato un sistema di ricircolo del gas di scarico (un software) idoneo ad alterare la rilevazione dei livelli di emissione di ossidi di azoto (NOx) dei veicoli durante i test per il controllo delle emissioni inquinanti ai fini dell'omologazione. Inoltre, veniva contestata la diffusione di messaggi promozionali che, nonostante l'utilizzo del predetto strumento di alterazione, contenevano indicazioni circa l'attenzione delle società al livello delle emissioni inquinanti e la conformità dei suddetti veicoli ai parametri di legge relativi alle suddette emissioni.

All'esito del procedimento, l'Autorità, con il provvedimento n. 26137 del 4 agosto 2016, accertava la pratica commerciale scorretta ipotizzata in sede di avvio istruttorio, irrogando in solido alle società una sanzione pecuniaria di € 5.000.000.

In particolare, l'Autorità ritiene che la condotta in questione:

- è contraria alla diligenza professionale, anche in ragione dell'importanza dell'operatore e del suo posizionamento nel mercato, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo in quanto il professionista ha installato sugli autoveicoli un sistema di ricircolo dei gas di scarico (il "sistema EGR") illecito e contrario alla normativa comunitaria sulle omologazioni, allo scopo di alterare i risultati dei test sulle emissioni inquinanti previsti dal parametro euro;
- è scorretta e contraria all'articolo 23, comma 1, lettera d), del Codice del Consumo in quanto - per mezzo dell'installazione del suddetto sistema EGR - il professionista non ha rispettato le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta, con riferimento alla procedura di omologazione dei veicoli;
- è ingannevole ai sensi dell'art. 21, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, in ragione dei *green claims* utilizzati nelle brochure pubblicitarie diffuse tramite internet e la rete di concessionari e rivenditori, in presenza dei quali il consumatore è indotto a ritenere di trovarsi di fronte ad un produttore di autoveicoli con una particolare sensibilità ambientale e una specifica attenzione al livello delle emissioni inquinanti, per il quale la tutela dell'ambiente rappresenterebbe un obiettivo di primaria importanza.

Così ricostruita la fattispecie, il Consiglio di Stato esamina i vizi di appello con cui la società, in sostanza, riproponendo gli stessi i motivi, contesta le argomentazioni svolte su ogni singolo punto dal TAR.

Fra le censure dedotte assume particolare rilievo, in specie in ordine alla richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione di cui al quinto motivo di appello in termini di illegittimità sopravvenuta del provvedimento dell'AGCM per violazione del principio del *ne bis in idem* di cui agli artt. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Shengen del 14 giugno 1985, assumendosi che avrebbe errato il TAR nel non ritenere possibile che una pronuncia di un organo giurisdizionale di Stato estero, sia pure aderente all'Unione, possa interferire su un provvedimento precedente di autorità amministrativa indipendente, in specie laddove, come nel caso di specie, il provvedimento giurisdizionale dell'autorità estera è divenuto definitivo in epoca anteriore.

La questione è rilevante nella misura in cui, peraltro, le restanti censure dedotte con i primi quattro motivi dell'appello appaiono al Collegio assorbite da quella in esame.

Dall'esame della documentazione in atti emerge infatti che, nelle more del giudizio di primo grado, il 13 giugno 2018 la Procura di Braunschweig notificava alla società il provvedimento con il quale irrogava una sanzione pari a 1 miliardo di euro, all'esito di un procedimento avente a oggetto la manipolazione dei gas di scarico dei motori diesel del gruppo, nonché

di veicoli sul mercato statunitense, rispetto ai quali è emerso dalle indagini che le norme sulle emissioni sono state aggirate.

In particolare, per quanto rileva ai fini di causa, tale provvedimento ha accertato una violazione da parte della società delle sezioni 130 § 1, 9 § 2 punto 2 OWiG (la legge tedesca sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche), che sanzionano la negligente violazione dell'obbligo di supervisione in attività ed imprese, in relazione alla mancata supervisione sull'installazione di "meccanismo di commutazione"/"switching logic software" su 10,7 milioni di veicoli a livello mondiale, compresi i circa 700 mila veicoli venduti in Italia.

È stata quindi sanzionata anche la distribuzione e vendita dei veicoli equipaggiati con tale software ai clienti finali, per un totale di circa 10,7 milioni di veicoli venduti su base globale menzionando espressamente i circa 700 mila veicoli venduti nel territorio italiano.

Nel provvedimento risulta altresì chiarito che *"se singoli veicoli equipaggiati con i motori interessati non dovessero essere inclusi in tale elenco, essi verrebbero considerati comunque inclusi nella sanzione di cui alla presente decisione. Tali vendite singole e/o la relativa commercializzazione, nonché l'immatricolazione dei singoli veicoli, rientrano nella fattispecie complessivamente sanzionata"*.

L'Ordinanza Ingiunzione appena riassunta è divenuta definitiva in data 13 giugno 2018 avendo l'odierna appellante formalmente rinunciato al proprio diritto di impugnazione (nonché pagato la sanzione il successivo 18 giugno 2018).

Nel caso di specie, se il TAR Lazio non ha attribuito l'invocata rilevanza alla sopravvenienza, la parte appellante, nel formulare un duplice motivo di appello sul punto, ha prodotto alcune decisioni europee che sono giunte a conclusioni opposte, come nel caso della Corte di Cassazione spagnola e del Tribunale di primo grado di Bruxelles, che hanno posto fine a procedimenti interni vertenti sulle conseguenze dell'installazione del dispositivo vietato su vetture del gruppo, riconoscendo che era stata già sanzionata dalla Procura di Braunschweig per i medesimi fatti nonostante la diversità degli interessi giuridici tutelati dalle norme nazionali e quella tedesca.

In particolare, il TAR Lazio ha rilevato che la società è stata sanzionata in Germania sulla base esclusiva di una previsione nazionale sulla "responsabilità amministrativa" delle persone giuridiche che non troverebbe fondamento normativo nella disciplina dell'Unione e che sanziona il mancato adempimento, da parte dei soggetti aventi posizione apicale all'interno della società, degli obblighi di supervisione e vigilanza volti a prevenire la commissione di illeciti da parte di altri soggetti riconducibili alla società stessa, a differenza di quanto operato dall'AGCM in Italia, mediante un provvedimento di applicazione della disciplina nazionale in materia di pratiche commerciali scorrette.

Il Consiglio di Stato si deve interrogare su tale rilievo: infatti, non solo la responsabilità delle persone giuridiche è, sotto diversi profili, una realtà giuridica anche del nostro ordinamento e di quello europeo, ma per la giurisprudenza penale prevalente, la nozione di "stessi fatti", utile ai fini del divieto del *bis in idem* europeo, comprende un insieme di fatti collegati tra loro

in maniera inscindibile, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica; sul punto, inoltre, assumono rilievo preminente i criteri dettati in materia di verifica dei presupposti del principio del *ne bis in idem*.

Attesa l'analogia, se non l'identità, della condotta posta a fondamento del provvedimento adottato dall'autorità regolatoria italiana e impugnato dinanzi al TAR rispetto a quella oggetto di sanzione con la predetta ordinanza ingiunzione tedesca (comprensiva del mercato italiano, imputato in via solidale e meramente consequenziale verso la distributrice italiana), si pone dunque in termini di rilevanza pregiudiziale la questione sollevata con la censura dinanzi al Consiglio di Stato; a ciò si accompagna anche l'identità soggettiva della parte colpita dalle due sanzioni.

I presupposti del rinvio pregiudiziale

Sempre in via pregiudiziale, a fronte della pacifica qualificazione del Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza, va richiamata la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. da ultimo Grande sezione 6 ottobre 2021), secondo cui l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi a esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.

Nel caso di specie, in primo luogo la questione appare rilevante, specialmente con riferimento alla condotta della società già sanzionata per i medesimi fatti con l'ordinanza ingiunzione predetta, sulla duplice considerazione che sotto ogni altro e diverso profilo il provvedimento dell'AGCM parrebbe immune dalle censure dedotte quanto alla sussistenza dell'infrazione ovvero dell'illecito, e che, sul piano delle conseguenze (di tale illecito), l'eventuale estensione della giurisprudenza citata in tema di *ne bis in idem* potrebbe comportare l'impossibilità di portare a compimento l'*iter* di definitività della sanzione ancora controversa nel giudizio.

In secondo luogo, se per un verso le disposizioni di principio evocate dalla parte appellante sono già state fatte oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia, per un altro verso ciò non risulta avvenuto, in termini analoghi alla presente controversia, in relazione alle sanzioni irrogate nei confronti di pratiche commerciali scorrette.

In terzo luogo, emerge chiaramente il rischio di divergenti conclusioni proprio laddove, come in questo caso, la condotta illecita contestata abbia avuto effetti immediati sull'intero mercato europeo.

La disciplina europea

Sul versante della disciplina europea rilevante, in linea generale assumono rilievo le seguenti norme di principio: l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, a mente del quale *“nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”*; l'art. 54 della convenzione di Schengen, a mente del quale *“una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita”*.

In linea particolare, a fronte della natura della sanzione irrogata con il provvedimento impugnato dinanzi al TAR, assume rilievo la normativa di cui alla direttiva 2005/29: sia ex art. 3 paragrafo 4 secondo cui *“In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici”*; sia ex art. 13 paragrafo 2, laddove statuisce che *“Stati membri assicurano che, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni, si tenga conto dei seguenti criteri, non esaustivi e indicativi, ove appropriati: ...e) sanzioni inflitte al professionista per la stessa violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio”*.

La disciplina nazionale

Per ciò che concerne il contenuto delle disposizioni nazionali rilevanti nel caso di specie, la disciplina applicata dall'Autorità fa riferimento alle cc.dd. "pratiche commerciali scorrette", che designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo), in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/Ce. La finalità perseguita dalla direttiva europea è di garantire un elevato livello comune di tutela dei consumatori procedendo a un'armonizzazione completa delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese, ivi compresa la pubblicità sleale.

Per "pratiche commerciali" si intendono tutti i comportamenti tenuti da professionisti che siano oggettivamente "correlati" alla "promozione, vendita o fornitura" di beni o servizi a consumatori, e posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione dei rapporti contrattuali. La condotta tenuta dal professionista può consistere in dichiarazioni, atti materiali, o anche semplici omissioni.

Quanto ai criteri in applicazione dei quali deve stabilirsi se una determinata pratica commerciale sia o meno "scorretta", il comma 2 dell'art. 20 del Codice del consumo stabilisce in termini generali che una pratica commerciale è scorretta se "è contraria alla

diligenza professionale" ed "è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori".

Nella trama normativa, la definizione generale si scompone tuttavia in due diverse categorie di pratiche scorrette: le pratiche ingannevoli (di cui agli art. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli art. 24 e 25).

Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. "liste nere") da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive, senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla "diligenza professionale" nonché dalla sua concreta attitudine "a falsare il comportamento economico del consumatore".

Il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale pratica. Quando tali caratteristiche ricorrono cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, deve essere vietata.

La condotta omissiva - per essere considerata ingannevole - deve avere ad oggetto "informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno" per prendere una decisione consapevole. Al riguardo, va rimarcato che, in tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un "invito all'acquisto" debbono considerarsi sempre e comunque "rilevanti" le informazioni relative alle "caratteristiche principali del prodotto". In assenza di tali informazioni, un invito all'acquisto si considera quindi ingannevole.

I principi in tema di *ne bis in idem* applicati alla fattispecie in esame

Così individuati gli elementi di riferimento della fattispecie, occorre richiamare i principi vigenti espressi in ordine al principio del *ne bis in idem* di cui alla normativa di principio sopra riportata.

Secondo la giurisprudenza europea, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva.

Nel caso di specie, la sanzione tedesca risulta penale, mentre quella oggetto della controversia italiana parrebbe qualificabile in termini di sanzione amministrativa pecuniaria di natura “penale”. A quest’ultimo riguardo, infatti, secondo la giurisprudenza europea la sanzione amministrativa ha natura penale laddove, come nel caso di specie, sia proporzionata non al solo danno da risarcire, avendo non soltanto lo scopo di risarcire il danno causato dall’illecito, ma perseguendo anche una finalità repressiva e presenta, pertanto, natura “penale”.

La stessa Corte EDU, al fine di evitare quella che è stata definita la “truffa delle etichette”, impone di guardare al di là dell’inquadramento formale e di cercare la realtà della procedura in questione; assume dunque rilievo la circostanza che la previsione sanzionatoria si rivolga ad una generalità di soggetti, non sia quindi una sanzione disciplinare, e che abbia contenuto afflittivo ed una funzione deterrente.

Nel caso di specie le sanzioni irrogate in termini di pratica commerciale scorretta paiono muoversi in tale ambito, al pari di quelle in materia di concorrenza su cui la Corte di giustizia risulta essersi già espressa. Occorre pertanto formulare un primo quesito in ordine alla natura della sanzione irrogata, ai fini qui in esame.

In linea generale, infatti, la giurisprudenza europea ha già evidenziato che il principio del *ne bis in idem*, quale sancito all’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, si applica a violazioni del diritto della concorrenza e vieta che un’impresa sia condannata o perseguita nuovamente a causa di un comportamento anticoncorrenziale per il quale è stata sanzionata o per il quale è stata dichiarata non responsabile da una precedente decisione non più impugnabile. Per contro, tale principio non trova applicazione quando un’impresa è perseguita e sanzionata separatamente e in modo indipendente da un’autorità garante della concorrenza di uno Stato membro e dalla Commissione europea per violazioni dell’articolo 102 TFUE relative a mercati di prodotto o mercati geografici distinti o quando un’autorità garante della concorrenza di uno Stato membro è privata della sua competenza in applicazione dell’ art. 11, par. 6, prima frase, del regolamento (CE) n. 1/2003. Lo stesso principio mira quindi ad evitare che un’impresa sia nuovamente condannata o perseguita, il che presuppone che tale impresa sia stata condannata o dichiarata non responsabile da una precedente decisione non più impugnabile

Peraltro, il principio richiamato non appare risolutivo, sia per la diversità delle sanzioni irrogate (penale in Germania, amministrativa - eventualmente di natura penale - in Italia), sia per la parziale identità del mercato di riferimento, avendo la sanzione penale riguardato sia soggettivamente sia oggettivamente anche le condotte contestate dall’autorità italiana.

Ancora in linea generale, la giurisprudenza europea ha statuito che il principio del *ne bis in idem*, garantito dall’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, conferisce ai soggetti dell’ordinamento un diritto direttamente applicabile nell’ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale. Tale principio non è infatti accompagnato da alcuna condizione ed è perciò immediatamente applicabile.

Come anticipato, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dovrebbe essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva.

Nel caso di specie, se per un verso la sanzione amministrativa italiana risulta irrogata (ben) prima di quella penale tedesca, per un altro verso la seconda è divenuta definitiva anteriormente alla prima.

Peraltro, per ciò che concerne il dato temporale appena richiamato, peculiare della presente controversia, se per un verso la sanzione penale tedesca è divenuta definitiva anteriormente a quella qui controversa, stante la pendenza della presente impugnativa, per un altro verso la giurisprudenza della Cedu ha statuito che “l'articolo 4 del Protocollo n. 7 non precludeva lo svolgimento di più procedimenti concorrenti prima della pronuncia della decisione definitiva. Vi sarebbe stata tuttavia violazione se un procedimento fosse proseguito successivamente alla data in cui l'altro procedimento si era concluso con decisione definitiva”.

Inoltre, emergono dubbi sull'idoneità, quantomeno in parte *qua*, della sanzione penale irrogata in Germania a essere efficace, proporzionata e dissuasiva anche in relazione alle condotte sanzionate in Italia.

In proposito, la giurisprudenza europea adita dal Giudice italiano ha già avuto modo di statuire che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letto alla luce dell'articolo 4 del protocollo n. 7 Cedu, che afferma il principio del *ne bis in idem*, non è di ostacolo a una normativa nazionale, come quella italiana, in virtù della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento Iva, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva, qualificata come penale alla luce del medesimo articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ciò vale però a condizione che tale normativa sia volta a un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, nonché preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti. Questo è quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che ipotizza, dunque, in ambito tributario la possibilità del cumulo delle sanzioni amministrative e penali nel caso di omesso versamento di imposte, ma condiziona tale cumulo alla verifica che gli effetti che si determinano non risultino eccessivi rispetto alla gravità del reato commesso e che, perseguendo un interesse generale, non violi il principio di proporzionalità.

Sempre in linea generale la giurisprudenza europea ha statuito che un'autorità nazionale garante della concorrenza può infliggere una sanzione a un'impresa, nell'ambito di un'unica

decisione, per violazione del diritto interno e del diritto dell'Unione senza che ciò costituisca una violazione del principio del *ne bis in idem*. Le autorità nazionali competenti devono però garantire che le ammende siano applicate nel rispetto del principio di proporzionalità

Peraltro, la fattispecie oggetto della presente controversia si caratterizza per la irrogazione delle due diverse sanzioni da parte di autorità distinte, appartenenti a differenti Stati membri; pur a fronte della analogia delle condotte contestate, aventi ad oggetto, giova ribadirlo, la commercializzazione e pubblicizzazione di autoveicoli dotati di sistemi antiinquinamento alterati.

Circa l'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato, nel caso di specie la contestata contraffazione ha riguardato tutta la produzione e commercializzazione.

Ciò considerato, risulta che la normativa nazionale di cui al procedimento principale parrebbe consentire, nella prospettazione accolta dal TAR e contestata in appello, di consolidare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, nei confronti di un soggetto per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato per le quali è già stata pronunciata a suo carico una condanna penale definitiva. Pertanto, si pone la seconda questione, oggetto del secondo quesito, se un simile concorso e cumulo di procedimenti e di sanzioni possa costituire una limitazione del diritto garantito dal principio dettato dall'articolo 50.

La giurisprudenza europea ha altresì dichiarato che una limitazione del principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell'articolo 52, paragrafo 1, della medesima.

Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. A termini del secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Si pone pertanto l'ulteriore questione, oggetto del terzo quesito, se le norme del codice del consumo applicate, attuative della direttiva 2005/29 e miranti alla tutela del consumatore, possano quindi rilevare ai sensi dell'art. 52 predetto.

Dalla giurisprudenza emergono una serie di requisiti sulla cui base eventuali limitazioni dell'art. 50 Carta possono reputarsi ammessi. In particolare, esse devono tendere ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo sanzionatorio; devono essere previste da regole chiare e precise, tali cioè da rendere prevedibile il ricorso al doppio binario sanzionatorio; devono garantire un coordinamento tra procedimenti, in modo da limitare il

più possibile gli oneri supplementari che il ricorso ad un simile sistema può generare; devono rispettare il principio di proporzionalità della pena.

Se in linea di fondo emerge un obiettivo di interesse generale di tutela dei consumatori europei, nella specie l'autorità ha inteso sanzionare i comportamenti contestati in ordine al mercato italiano, sanzionando peraltro anche la "casa madre" per fatti che in seguito sono risultati posti a base della sanzione irrogata nello Stato di appartenenza.

Al riguardo, nel caso in esame emergono i seguenti ulteriori elementi: pare mancare una regola chiara e certa nel senso di rendere prevedibile il doppio binario, anche in considerazione del fatto che altrimenti opinando la società potrebbe essere chiamata a rispondere dei fatti in tutti i paesi europei; non è previsto alcun coordinamento fra i procedimenti indicati; in tema di proporzionalità, infine, nel caso di specie alla gravità della condotta contestata si accompagna una sanzione irrogata nella misura massima in entrambi i casi.

La risoluzione della questione dovrebbe tenere nel dovuto conto anche le caratteristiche di fondo del giudizio amministrativo italiano, dove la legittimità del provvedimento impugnato è controllata dal giudice in relazione alla data di adozione del provvedimento; in altri termini, quel che può giustificare una pronuncia di accoglimento del ricorso è l'illegittimità originaria del provvedimento impugnato, che nel caso di specie, almeno sotto il profilo del *ne bis in idem*, non sarebbe in discussione, dal momento che alla data di adozione del provvedimento dell'AGCM del 2016 nessuna altra sanzione era stata ancora mai applicata nei confronti della società.

Nel demandare alla CGUE la questione, il Consiglio di Stato reputa utile osservare anche come la stessa società avrebbe potuto (e ancora potrebbe) sollecitare alla AGCM italiana l'avvio di un procedimento amministrativo di secondo grado, ovvero di riesame, richiedendo in particolare un provvedimento di (parziale) revoca di quello del 2016, motivando la propria richiesta proprio in nome del principio del *ne bis in idem*. Ove poi l'AGCM non avesse dato corso a tale richiesta e fosse rimasta inerte, il privato avrebbe potuto agire con il rito del silenzio ai sensi dell'art. 31 del codice del processo amministrativo.

Si ipotizza la revoca parziale, anziché integrale, del provvedimento originario.

Per il complesso delle ragioni che precedono il Consiglio di Stato ritiene, dunque, che le questioni prospettate siano tali da meritare il rinvio pregiudiziale alla CGUE, con la formulazione dei seguenti quesiti:

- a) se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale;
- b) se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vada interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona giuridica per condotte illecite che integrano pratiche



commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell'impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale;

- c) se la disciplina di cui alla Direttiva 2005/29, con particolare riferimento agli articoli 3 paragrafo 4 e 13 paragrafo 2 lett. e), possa giustificare una deroga al divieto di "ne bis in idem" stabilito dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (successivamente incorporata nel Trattato sull'Unione Europea dall' art. 6 TUE) e dell'art. 54 della convenzione di Schengen.

5. Prezzo ex factory delle confezioni dei farmaci biosimilari

Il Consiglio di Stato ha chiarito che per i farmaci biosimilari, il prezzo ex factory delle confezioni, e cioè la quota di spettanza delle aziende farmaceutiche produttrici è pari al 66,65%, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, comma 40, l. 23 dicembre 1996, n. 662. Nel caso di farmaco biosimilare manca uno dei due presupposti previsti dall'art. 13, comma 1, lett. b), DL n. 39 del 2009, e cioè l'essere il farmaco "equivalente" (ai sensi dell'art. 7, comma 1, DL n. 347 del 2001) all'originator e dunque l'essere il farmacista obbligato a consegnare all'assistito l'equivalente in luogo dell'originator, salva diversa espressa prescrizione del medico. Il farmacista non può, infatti, sostituire automaticamente il farmaco biosimilare a quello biologico di riferimento, con la conseguenza che alcun incentivo può essere previsto per invogliare il farmacista a fare ciò che per legge non potrebbe fare.

Fatto

Una società ha impugnato dinanzi al TAR Lazio la nota n. 47413 del 20 aprile 2021, con la quale l'Aifa ha imposto l'applicazione, nei confronti di un medicinale biosimilare, delle quote di spettanza sul prezzo di vendita al pubblico dei medicinali equivalenti previste dall'art. 13, comma 1, lettera b), d.l. n. 39 del 2009.

L'Aifa avrebbe dato erronea esecuzione alle norme in materia, in quanto la quota di spettanza di 58,65 %, prevista all'art. 13, comma 1, lett. b), d.l. n. 39 del 2009, non si sarebbe dovuta applicare al prodotto, rientrando la fattispecie nel campo di applicazione dell'art. 1, comma 40, l. n. 662 del 1996, con conseguente quota di spettanza maggiorata dell'8% (66,65 %).

Con sentenza 3 agosto 2021, n. 9178 la sez. III *quater* del TAR per il Lazio, sede di Roma, ha accolto il ricorso ritenendo i farmaci biosimilari non del tutto assimilabili a quelli equivalenti, con la conseguenza che sarebbe mancato un presupposto per l'applicazione del citato art. 13, comma 1, lett. b), d.l. n. 39 del 2009.

La sentenza 3 agosto 2021, n. 9178 del TAR Lazio è stata impugnata dall'Aifa con appello depositato in data 3 ottobre 2021, sul rilievo che erroneamente il giudice di primo grado ha ritenuto non individuabili, con riferimento ai farmaci biosimilari, i presupposti dell'equivalenza e della vendita attraverso il canale della convenzionata, previsti dall'art. 13, comma 1, lett. b), d.l. n. 39 del 2009.

Si è costituita in giudizio la società, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di interesse mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

Diritto

La società ha impugnato dinanzi al TAR Lazio la nota e-mail dell'Aifa che applicava a un farmaco biosimilare la quota di spettanza delle aziende farmaceutiche produttrici del 58,65% del suo prezzo al pubblico ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. b), d.l. 28 aprile 2009, n. 39, che si applica con riferimento ai farmaci equivalenti, e non la maggiore percentuale del 66,65%, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, comma 40, l. 23 dicembre 1996, n. 662.

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso ritenendo i farmaci biosimilari non del tutto assimilabili a quelli equivalenti perché, a differenza di questi ultimi, sono “intercambiabili” con il prodotto originator di riferimento ma non “automaticamente sostituibili”. Il farmacista, infatti, mentre può automaticamente sostituire un farmaco originator con uno equivalente, non può, a fronte di una prescrizione medica di originator, dare al cliente un biosimilare. Da questo presupposto ne consegue che, nel caso di farmaco biosimilare, manca l'incentivo per il farmacista, sotteso alla previsione della ridotta percentuale di utile per l'azienda farmaceutica.

Così chiarita la complessa vicenda contenziosa, il Collegio è chiamato a verificare se, come afferma il TAR, è sufficiente accertare se un farmaco è “equivalente” ai sensi dell'art. 7, comma 1, d.l. n. 347 del 2001, perché solo in questo caso sarebbe applicabile la riduzione della quota di spettanza alle aziende farmaceutiche del 58,65% oppure se, come deduce l'Aifa nell'atto di appello, ai fini della attribuzione delle quote di spettanza non rileverebbe solo (e tanto) il requisito della equivalenza terapeutica, ma anche il tipo di canale di dispensazione.

L'appello proposto dall'Aifa si basa sull'assunto che l'attribuzione delle quote di spettanza e l'inserimento nelle liste di trasparenza attengono a dinamiche diverse, perché la lista di trasparenza tende a realizzare un risparmio per il Servizio sanitario nazionale invogliando la prescrizione di farmaci cd. generici in luogo dei cd. originator, mentre l'attribuzione delle quote di spettanza opera in sede di rilascio dell'autorizzazione al commercio. Diversamente da quanto affermato dal giudice di primo grado, ai fini della attribuzione delle quote di spettanza non rileverebbe solo il requisito della equivalenza terapeutica, e ciò a prescindere dal rilievo (che peraltro assumerebbe carattere assorbente) che il farmaco biosimilare è, a tutti gli effetti, “farmaco equivalente”. Sarebbero invece necessari due elementi, id est, oltre all'assenza di copertura brevettuale anche il canale di dispensazione perché, se il farmaco è acquistato attraverso il canale della convenzionata si applica la quota di spettanza del 58,65%.

Passando al merito, l'appello è infondato.

Ricorda il Collegio che gli elementi che devono esistere perché si possa applicare l'aliquota del 58,65% sono due: la distribuzione convenzionata del farmaco e l'essere il farmaco “equivalente”.

Quanto al primo elemento, costituisce presupposto della previsione, stante la *ratio* alla stessa sottesa. Ed invero, l'art. 13, comma 1, lett. b), d.l. 28 aprile 2009, n. 39 ha previsto, “al fine di conseguire una razionalizzazione della spesa farmaceutica territoriale”, che per i

medicinali equivalenti, le quote di spettanza sul prezzo di vendita al pubblico al netto dell'imposta sul valore aggiunto sono rideterminate, per le aziende farmaceutiche, nella misura del 58,65% in luogo del 66,65%.

Come chiarito dalla Sezione la modalità di distribuzione dei farmaci nella quale si iscrive la rimodulazione delle percentuali è necessariamente quella "ordinaria" o "territoriale", anche perché solo attraverso la distribuzione "territoriale" ha modo di realizzarsi la prevista ripartizione interna dei margini di guadagno tra i diversi soggetti della filiera distributiva, fermo restando il prezzo complessivo rimborsato al farmacista dal Sistema sanitario nazionale.

Gli 8 punti di scarto tra le due quote sono traslati in favore di farmacisti e grossisti: la farmacia che distribuisce il farmaco, che attraverso il grossista acquista dal produttore, è in tal modo incentivato a vendere il farmaco generico in luogo dell'originator.

Nessun incentivo è possibile nel caso di distribuzione diretta del farmaco da parte del Servizio sanitario nazionale, con la conseguenza che viene meno la necessità di aumentare la quota di spettanza per il farmacista, a scapito di quella dovuta alla azienda farmaceutica perché nella filiera non risultano coinvolti i farmacisti e i grossisti. Poiché la *ratio* è incoraggiare l'uso dei farmaci equivalenti, la norma non può che rivolgersi solo a tali farmaci.

Data la premessa, l'appello non è suscettibile di positiva valutazione non concorrendo, con riferimento ai farmaci biosimilari, entrambi detti elementi.

L'art. 13, comma 1, d.l. n. 39 del 2009 precisa di fare riferimento ai farmaci equivalenti "di cui all'art. 7, comma 1, d.l. 18 settembre 2001, n. 347", secondo cui "i medicinali, aventi uguale composizione in principi attivi, nonché forma farmaceutica, via di somministrazione, modalità di rilascio, numero di unità posologiche e dosi unitarie uguali, sono rimborsati al farmacista dal Servizio sanitario nazionale fino alla concorrenza del prezzo più basso del corrispondente prodotto disponibile nel normale ciclo distributivo regionale, sulla base di apposite direttive definite dalla regione; tale disposizione non si applica ai medicinali coperti da brevetto sul principio attivo".

Ciò premesso, va chiarito che il farmaco biosimilare è legato al farmaco biologico, del quale condivide il principio attivo; ma si tratta di un rapporto diverso da quello che lega il farmaco originale e quello equivalente.

Come affermato dalla Sezione i "farmaci biologici", ivi inclusi i farmaci biotecnologici, cioè ottenuti con biotecnologie, sono farmaci il cui principio attivo è rappresentato da una sostanza prodotta o estratta da un sistema biologico, oppure derivata da una sorgente biologica attraverso procedimenti di biotecnologia. La produzione di farmaci biologici è sicuramente più complessa di un farmaco di derivazione chimica, essendo svariati i fattori che incidono sul processo stesso di produzione.

I farmaci biologici, proprio per la complessità e la natura dei processi di produzione, non sono mai pienamente identici, ancorché si basino su un medesimo principio attivo ed

abbiano le stesse indicazioni terapeutiche. Infatti, nel loro caso non si usa il termine “equivalente” (o “generico”), bensì “similare” o “biosimilare”.

Si distinguono, dunque, dai farmaci chimici dove ogni prodotto è pienamente equivalente all'altro (originator o meno) sempreché sia accertata l'identità del composto chimico (molecola).

Per farmaco biosimilare si intende, invece, un medicinale simile ad un prodotto biologico/biotecnologico c.d. di riferimento, la cui messa in commercio sia già stata autorizzata. Secondo una definizione fornita dall' *European Medicine Agency* (Ema) nel 2012, in particolare, per farmaco biosimilare si intende un medicinale sviluppato in modo da risultare simile ad un prodotto biologico che sia già stato autorizzato – appunto, il c.d. medicinale di riferimento o originator.

Quindi i prodotti biologici e biosimilari non sono equivalenti tra loro, per la complessità dei processi produttivi (e dunque non “equivalenti” in senso stretto), anche se nella generalità dei casi, salvo eccezioni, possono essere usati come se fossero equivalenti.

Nel secondo position paper dell'Aifa del marzo 2018 sui farmaci biosimilari si legge che “la perdita della copertura brevettuale permette l'entrata sulla scena terapeutica dei farmaci cosiddetti ‘biosimilari’, medicinali ‘simili’ per qualità, efficacia e sicurezza ai prodotti biologici originatori di riferimento e non più soggetti a copertura brevettuale. La disponibilità dei prodotti biosimilari genera una concorrenza rispetto ai prodotti originatori e rappresenta perciò un fattore importante. Quindi, i medicinali biosimilari costituiscono un'opzione terapeutica a costo inferiore per il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), producendo importanti risvolti sulla possibilità di trattamento di un numero maggiore di pazienti e sull'accesso a terapie ad alto impatto economico...Come dimostrato dal processo regolatorio di autorizzazione, il rapporto rischio-beneficio dei biosimilari è il medesimo di quello degli originatori di riferimento. Per tale motivo, l'Aifa considera i biosimilari come prodotti intercambiabili con i corrispondenti originatori di riferimento. Tale considerazione vale tanto per i pazienti naïve quanto per i pazienti già in cura. Inoltre, in considerazione del fatto che il processo di valutazione della biosimilarità è condotto, dall'Ema e dalle Autorità regolatorie nazionali, al massimo livello di conoscenze scientifiche e sulla base di tutte le evidenze disponibili, non sono necessarie ulteriori valutazioni comparative effettuate a livello regionale o locale... Lo sviluppo e l'utilizzo dei farmaci biosimilari rappresentano un'opportunità essenziale per l'ottimizzazione dell'efficienza dei sistemi sanitari ed assistenziali, avendo la potenzialità di soddisfare una crescente domanda di salute, in termini sia di efficacia e di personalizzazione delle terapie sia di sicurezza d'impiego. I medicinali biosimilari rappresentano, dunque, uno strumento irrinunciabile per lo sviluppo di un mercato dei biologici competitivo e concorrenziale, necessario alla sostenibilità del sistema sanitario e delle terapie innovative, mantenendo garanzie di efficacia, sicurezza e qualità per i pazienti e garantendo loro un accesso omogeneo, informato e tempestivo ai farmaci, pur in un contesto di razionalizzazione della spesa pubblica”.

Nel secondo position paper del marzo 2018, quindi, l'Aifa, ritenendo i biosimilari come intercambiabili, ha fugato gran parte dei dubbi che si erano posti in precedenza sulla possibilità di “switch” dal farmaco originator a quello biosimilare e ha, quindi, implicitamente ribadito la sovrapposibilità, in termini di efficacia e di sicurezza, dei farmaci biosimilari presenti sul mercato rispetto all'originator e anche tra di loro.

Dunque, seppure simili i due farmaci non sono automaticamente interscambiabili come l'originator lo è con l'equivalente.

Come chiarito dalla Sezione di recente, il riconoscimento delle peculiari “specialità” dei farmaci biologici, cui si correla il principio della non automatica sostituibilità tra gli stessi, neppure tra l'originator (farmaco biologico già autorizzato e immesso sul mercato) e i suoi biosimilari, farmaci biologici simili a quello di riferimento, ha comportato, sul piano normativo, la definizione di un regime differenziato da quello dei farmaci a sintesi chimica.

E, infatti, il legislatore, mentre in via generale prevede la sostituibilità automatica da parte del farmacista, sulla scorta di un criterio di economicità, tra farmaci equivalenti (art. 7, d.l. 18 settembre 2001, n. 347, convertito in l. 16 novembre 2001, n. 405), al contrario per i farmaci biologici stabilisce che “non è consentita la sostituibilità automatica tra farmaco biologico di riferimento e un suo biosimilare né tra biosimilari” (art. 15, comma 11-quater, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135).

Da questa ricostruzione il Consiglio di Stato trae la conseguenza che nel caso di farmaco biosimilare manca uno dei due presupposti previsti dall'art. 13, comma 1, lett. b), d.l. n. 39 del 2009, e cioè l'essere il farmaco “equivalente” all'originator e dunque l'essere il farmacista obbligato a consegnare all'assistito l'equivalente in luogo dell'originator, salva diversa espressa prescrizione del medico. Il farmacista non può, infatti, sostituire automaticamente il farmaco biosimilare a quello biologico di riferimento, con la conseguenza che alcun incentivo può essere previsto per invogliare il farmacista a fare ciò che per legge non potrebbe fare.

La carenza di un elemento (equivalenza tra farmaci) rende irrilevante verificare il sistema di distribuzione del farmaco, se convenzionata o diretta (e, dunque, senza l'intervento del farmacista).

Per le argomentazioni sopra esposte l'appello deve essere respinto, in tutti i motivi nei quali si articola, proprio in applicazione dei principi espressi dal Consiglio di Stato.