N. 08813/2018 REG.RIC.

C-916/19-1

CONSIGLIO DI STATO - IV Sezione

Pubblicato il 04/12/2019

N. 08300/2019 REG.PROV.COLL.
N. 08813/2018 REG.RIC.

Firmato digitalmente

REPUBBLICA ITALIANA

Iscritto nel Registro della Corte di giustizia sotto il n° 1137435
Lussemburgo, 16. 12. 2019
Per il Cancelliere, Roberto Schiano Amministratore
Fax/E-mail:
Depositato il: 12/12/19

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 8813 del 2018, proposto da Alpha Trading s.p.a. unipersonale, in qualità di società incorporante la Oil.B s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica e Carlo Emanuele Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Principe Amedeo, 3;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero delle Politiche Agricole Alimentari Forestali e del Turismo, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Fallimento Mythen s.p.a., in persona del curatore fallimentare *pro tempore*,

CURIA GREFFE
Lussemburgo
Entrée 12. 12. 2019

CONSIGLIO DI STATO - IV Sezione

rappresentato e difeso dall'avvocato Ottavio Grandinetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi, 87;

Ital Bi-Oil s.r.l., Cereal Docks s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione II, n. 8483/2018, pubblicata il 26 luglio 2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari Forestali e del Turismo, del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, nonché del Fallimento Mythen s.p.a.;

Vista l'ordinanza 21 maggio 2019, n. 3244;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2019 il consigliere Giuseppe Castiglia;

Uditi per le parti gli avvocati Francesco Paolo Francica e Ottavio Grandinetti nonché l'avvocato dello Stato Anna Collabolletta;

Premessa.

1. Con successivi provvedimenti legislativi lo Stato italiano, per agevolare l'avviamento di un mercato nazionale del biodiesel, ha disposto tre diversi programmi di interventi di durata pluriennale.

2. Questi hanno ricevuto l'approvazione preventiva della Commissione UE,

necessaria per trattarsi di aiuti di Stato.

3. In attuazione dell'art. 21 del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504 e delle sue successive modificazioni e poi dell'art. 22 *bis*, il Ministero dell'economia e delle finanze ha adottato con propri decreti i regolamenti recanti le modalità di applicazione dell'accisa agevolata sul prodotto.

4. Con sentenze 16 febbraio 2012, n. 812, e 28 febbraio 2012, n. 1120, la IV sezione del Consiglio di Stato ha annullato, rispettivamente, l'art. 4, comma 2, del d.m. n. 256/2003, e l'art. 3, comma 4, del d.m. n. 156/2008. Le disposizioni annullate riguardavano entrambe i criteri di assegnazione ai produttori di biodiesel dei quantitativi di prodotto esenti dall'accisa.

5. E' seguita una sentenza di ottemperanza (sez. IV, 4 marzo 2014, n. 998).

6. Con decreto ministeriale 17 febbraio 2015, n. 37, il MEF ha adottato un nuovo regolamento, con il quale ha riformulato le disposizioni annullate.

Il giudizio di primo grado.

7. La società Oil.B s.r.l. unipersonale ha impugnato il d.m. n. 37/2015.

8. Con sentenza 26 luglio 2018, n. 8483, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II, respinta un'istanza di riunione con altri giudizi, ha del pari respinto il ricorso, compensando fra le parti le spese di giudizio.

Con riguardo agli undici motivi di doglianza, intesi a censurare sotto molteplici profili la violazione di legge (nazionale ed euro-unitaria) e l'eccesso di potere, il Tribunale regionale ha ritenuto non sussistere:

I) la violazione delle garanzie partecipative nell'emanazione del regolamento (e in specie dell'art. 7 della legge n. 241/1990). Queste andrebbero interpretate in modo in non formalistico; la ricorrente sarebbe stata comunque al corrente del procedimento, resosi necessario a seguito delle sentenze - pronunziate all'esito di giudizi cui la ricorrente stessa avrebbe partecipato come controinteressata - di parziale annullamento dei precedenti regolamenti ministeriali in materia, adottati con d.m. n. 256/2003 e n. 156/2008 (Cons. Stato, sez. IV, n. 812/2012 e n.

CONSIGLIO DI STATO - IV Sezione

1120/2012), nonché della sentenza di ottemperanza n. 998/2014, con la quale la IV sezione del Consiglio di Stato ha ordinato all'Amministrazione di dare esecuzione alle sentenze richiamate; il riesercizio del potere regolamentare sarebbe vincolato nell'*an*;

II) il difetto di attribuzione dell'organo dello Stato (MEF) ad adottare un aiuto di Stato, rientrante invece nelle attribuzioni della Commissione UE o, comunque la mancata previa notifica agli organi sovranazionali competenti a stabilire la compatibilità dell'aiuto con la disciplina euro-unitaria. Il d.m. n. 37/2015 non istituirebbe un nuovo programma di aiuti di Stato ma, senza modificarne la durata, disporrebbe ora per allora nuovi criteri in sostituzione di quelli annullati dal giudice nazionale. Il TAR ha anche respinto la domanda di rinvio pregiudiziale alla CGUE, articolata dalla parte su tre distinte questioni;

III) la violazione del giudicato per errata interpretazione o applicazione delle sentenze del Consiglio di Stato n. 812/2012 e n. 1120/2012 e la violazione dell'art. 2909 c.c., nel senso che non vi sarebbe un giudicato cui prestare ottemperanza perché il giudizio di compatibilità comunitaria degli aiuti di Stato sarebbe riservato agli organi euro-unitari e nessun vincolo potrebbe derivare dalle decisioni dei giudici nazionali. Dalla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione 10 settembre 2013, n. 20698 - resa su ricorso con il quale era stato denunziato l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato ai danni del legislatore - deriverebbe la riaffermazione della piena giurisdizione del GA e l'effetto di cosa giudicata proprio delle sentenze ricordate; l'attività provvedimentale si conformerebbe ai giudicati, come anche risulterebbe dalle premesse del decreto impugnato;

IV) in via subordinata al riconoscimento della valenza di giudicato, la violazione e falsa applicazione delle sentenze n. 812/2012 e n. 1120/2012 e la violazione di legge sotto diversi profili, nel senso che il d.m. n. 37/2015 avrebbe reintrodotto un aiuto di Stato a termini scaduti senza la previa notifica ai competenti organi dell'UE. Come detto, le disposizioni impugnate non avrebbero stabilito un

programma di aiuti di Stato, ma rideterminato, ora per allora, alcuni coefficienti di assegnazione delle quote di biodiesel fiscalmente agevolato a seguito dell'annullamento dei criteri precedenti;

V) nella medesima via subordinata, il vizio di ultrapetizione rispetto alle sentenze citate, nella misura in cui il nuovo regolamento attribuirebbe alla controinteressata un beneficio maggiore di quello dalla stessa rivendicato sul piano sostanziale. Le sentenze del Consiglio di Stato sarebbero chiare nel disporre una riedizione del potere regolamentare per riconoscere, ora per allora, una diversa quantificazione del biodiesel sottoposto ad aliquota agevolata e non - come invece sostenuto - un risarcimento in forma specifica;

VI) la violazione del principio di legalità, dell'art. 11 delle preleggi, del principio del buon andamento della PA, nonché il travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, a seguito della violazione della regola della irretroattività dell'azione amministrativa, che troverebbe applicazione anche per le fonti regolamentari, per avere il nuovo regolamento disposto non il solo risarcimento per equivalente a favore del soggetto vittorioso nei due giudizi, ma riaperto integralmente i termini per la riassegnazione di tutte le esenzioni. Al di fuori dell'ambito penale, il principio non retroattività non avrebbe carattere assoluto e, in materia tributaria, deroghe sarebbero costituzionalmente legittime in quanto non irrazionali, proporzionate e giustificate dall'esigenza di salvaguardare le finanze statali. Annullate con efficacia *ex tunc* le disposizioni previgenti, il riesercizio del potere regolamentare non avrebbe potuto non determinare una rideterminazione delle quote agevolate già assegnate. Il decorso del termine di prescrizione per le assegnazioni già effettuate sarebbe stato interrotto dai numerosi giudizi in cui la ricorrente avrebbe preso parte come parte formale e dagli atti adottati dall'Agenzia delle dogane per il recupero dell'imposta, oggetto di contenzioso avviato dalla medesima società;

VII) la lesione dell'affidamento nei confronti dei provvedimenti con cui erano state

CONSIGLIO DI STATO - IV Sezione

assegnate le quote di biodiesel agevolato sulla base dei criteri poi annullati. La tutela del legittimo affidamento richiederebbe, oltre la buona fede di chi lo invoca, una situazione di certezza giuridica della disciplina vigente, laddove i decreti ministeriali succedutisi nel tempo sarebbero stati oggetto di plurimi contenziosi, cui la ricorrente avrebbe partecipato. Inoltre nessun legittimo affidamento potrebbe scaturire da atti amministrativi annullati con sentenza passate in giudicato, con le quali il GA avrebbe ordinato all'Amministrazione di provvedere nuovamente;

VIII) la violazione del parere espresso dalla Sezione consultiva degli atti normativi del Consiglio di Stato nell'adunanza del 27 marzo 2014 (l'ultima memoria depositata si riferirebbe invece ai pareri 26 marzo 2004, n. 2680, e 20 dicembre 2004, n. 11602), che avrebbe rilevato la mancata allegazione al testo dell'analisi tecnico normativa (ATN) e dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), e mancata notifica alla Commissione UE. In disparte tale profilo, esaminato e respinto *sub* II), e il richiamo ai pareri del 2004, cronologicamente inconferenti, le omissioni rilevate sarebbero sintomatiche di una istruttoria non ottimale, ma non potrebbero determinare il vizio di un atto con la caratteristica della novella di testi precedenti, emanato a seguito di numerosi giudicati amministrativi;

IX) la riproposizione dei criteri del regolamento annullato, con l'unica differenza di avere riaperto i termini per la concessione del beneficio, e

X) l'effetto distorsivo della concorrenza prodotto dal riferimento ai dati storici della produzione, vale a dire a un parametro risultante non dalla logica di libero mercato, ma dai precedenti programmi di aiuto annullati dal GA. I criteri in questione (quantità di biodiesel immessa al consumo nell'anno precedente e capacità produttiva) non sarebbero stati di per sé ritenuti irragionevoli dal Consiglio di Stato, che nel regolamento del 2003 avrebbe censurato la loro modulazione (nella misura rispettiva dello 0,6 e dello 0,4) e la doppia valutazione del grado di utilizzo, con conseguente peso eccessivo del dato storico della produzione immessa al consumo. I regolamenti successivi, e in particolare quello impugnato, avrebbero posto rimedio alla illegittimità (da ultimo, entrambi i parametri sarebbero dello

CONSIGLIO DI STATO - IV Sezione

0,5), nel non irragionevole intento di porre sullo stesso piano le imprese capaci da subito di immettere nel mercato il biocarburante con quelle dotate di rilevante capacità produttiva. Come già detto, sarebbe infondata l'assunto della riapertura dei termini per la concessione dell'aiuto;

XI) l'invalidità derivata rispetto alle note con cui il MEF ha richiesto il parere del Consiglio di Stato in ordine al regolamento. Il motivo sarebbe inammissibile perché oscuro e generico.

Il giudizio di appello.

9. La società Alpha Trading s.p.a. unipersonale, incorporante la società ricorrente in primo grado, ha interposto appello avverso la sentenza, ribadendo la tesi di fondo che il d.m. n. 37/2015 disporrebbe un nuovo aiuto di Stato con efficacia di proroga di quello annullato e, nello specifico, formulando undici motivi di ricorso.

Per resistere all'appello, si sono costituiti in giudizio l'Amministrazione delle finanze e altre Amministrazioni dello Stato, nonché il Fallimento Mythen s.p.a., (d'ora in poi: il Fallimento), il quale considera il ricorso in parte inammissibile e *in toto* comunque infondato nel merito

In vista dell'udienza pubblica di discussione, la società appellante ha depositato una memoria.

All'udienza pubblica del 15 maggio 2019 il Fallimento ha depositato copia della sentenza n. 5749/2019 resa dal TAR per il Lazio, II sezione, che ha ordinato all'Agenzia delle entrate e dei monopoli di provvedere, in applicazione del d.m. n. 37/2015 qui impugnato, alla rideterminazione delle quote fiscalmente agevolate di biodiesel spettanti alla ricorrente per le annualità 2006-2020.

10. Con ordinanza 21 maggio 2019, n. 3244, la Sezione ha disposto istruttoria per "acquisire dall'Amministrazione una relazione che dia conto del se, e in quali tempi, i regolamenti adottati con i decreti ministeriali 25 luglio 2003, n. 256, e3 settembre 2008, n. 156, siano stati notificati ai competenti Organi dell'Unione europea, nonché, sotto il profilo di specie, di ogni altro elemento utile alla

decisone".

Il MEF ha depositato una relazione corredata di alcuni allegati.

11. Le parti hanno discusso i risultati dell'acquisizione istruttoria, traendone conclusioni opposte.

Il Fallimento osserva che dalla relazione dimostrerebbe la conoscenza, da parte della Commissione europea, dell'esistenza e del contenuto del d.m. n. 37/2015 per avere aperto un'indagine sull'asserito aiuto illegale su richiesta di una impresa controinteressata, che avrebbe prospettato la medesima tesi ora sostenuta nel corso del presente giudizio. Se avesse ritenuto che il regolamento impugnato costituisse un aiuto di Stato non autorizzato, la Commissione avrebbe adottato le misure necessarie al ripristino della legalità euro-unitaria violata.

La società appellante:

- rileva che, contrariamente a quanto sostenuto dalle controparti, i precedenti regolamenti sarebbero stati notificati ai competenti Organi dell'Unione, cosicché anche l'impugnato d.m. n. 37/2015 avrebbe dovuto essere oggetto di notifica in diretta applicazione della pertinente normativa euro-unitaria, secondo la quale per modifica di un aiuto di Stato preesistente si intenderebbe qualunque cambiamento diverso dalla modifiche di carattere puramente formale e ammnistrativo [art. 4, par. 1, primo periodo, del regolamento (CE) n. 794/2004 del 21 aprile 2004];
- informa che, sulla base dei documenti acquisiti con l'istruttoria, sarebbe in corso di notifica un ricorso per revocazione avverso le sentenze n. 998/2014 e n. 5081/2015 (e, se e in quanto occorrer possa, n. 812/2012 e n. 1120/2012), censurate per non avere rilevato il difetto di giurisdizione del giudice nazionale in favore di quello euro-unitario;
- chiede che il Collegio valuti la sussistenza dei presupposti per la sospensione del presente giudizio sino alla definizione del ricorso per revocazione;
- rileva l'estraneità all'attuale contenzioso della denuncia presentata a suo tempo dall'appellante alla Commissione e poi archiviata.

Le parti si sono scambiate memorie di replica.

CONSIGLIO DI STATO - IV Sezione

12. All'udienza pubblica del 28 novembre 2019, l'appello è stato chiamato e trattenuto in decisione.

La domanda di pronuncia pregiudiziale.

13. In via preliminare, il Collegio ritiene che la pendenza di un ricorso per revocazione, nel frattempo notificato, con la correlata richiesta di sospensione del presente giudizio, formulata dalla società appellante e rinnovata nell'udienza pubblica di discussione della causa, non abbia carattere pregiudiziale rispetto alla decisione di cui ora si dirà.

Con il secondo motivo dell'appello, la società rinnova la censura di violazione di svariate disposizioni e decisioni euro-unitarie nonché dell'art. 117 Cost. e di norme nazionali: il regolamento impugnato costituirebbe un aiuto di Stato nuovo, il precedente essendo stato annullato con effetti retroattivi, o comunque modificativo dell'aiuto preesistente, che - a norma dell'art. 108, comma 3, TFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia UE - avrebbe comunque richiesto la previa notifica alla Commissione europea.

Dalla istruttoria disposta dalla Sezione è emerso che - contrariamente a quanto assunto dalle parti resistenti - i regolamenti adottati con i d.m. n. 256/2003 e n. 156/2008 sono stati portati a conoscenza della Commissione europea.

Come risulta dalla tecnica normativa adoperata, cioè quella della novellazione dei testi precedenti, i primi due articoli del d.m. n. 37/2015 non hanno inteso estendere la durata degli aiuti già disposti, ma hanno modificato i criteri di attribuzione dei benefici innovandone la disciplina ora per allora. E' inequivoco in questo senso il successivo art. 3 del regolamento, a norma del quale "Fermi restando i dati storici in base ai quali ciascuna ditta ammessa a partecipare ai programmi e risultata destinataria di quote agevolate di biodiesel, per le annualità 2006, 2007, 2008 e 2009 le assegnazioni del medesimo prodotto sono rideterminate alle stesse ditte tenuto conto dei criteri individuati rispettivamente negli articoli 1 e 2".

La parte appellante sostiene che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia,

qualunque modifica di un aiuto di Stato dovrebbe essere preventivamente notificata alla Commissione europea.

Tuttavia, non pare che i precedenti richiamati al riguardo siano decisivi in quanto, al di là delle affermazioni di principio, sembrano riferirsi ad atti costitutivi degli aiuti (Corte di giustizia, grande sezione, 27 giugno 2017, in causa C-74/16) o estensivi degli aiuti stessi a una nuova categoria di beneficiari (Trib. I grado, sez. VIII, 11 giugno 2009, in causa T-301/02).

Appare inoltre che la Commissione, su denuncia di un controinteressato, ha avuto conoscenza del regolamento adottato con d.m. n. 37/2015, senza avviare alcuna iniziativa al riguardo nei confronti dell'Italia. Questa circostanza potrebbe essere significativa del fatto che la Commissione non abbia considerato il regolamento come istitutivo di un nuovo aiuto di Stato ai sensi della normativa euro-unitaria.

Il Collegio dà atto della previsione del § 13 della Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C 85/01), secondo la quale "qualora nutrano dubbi in merito a un aiuto di Stato, i giudici nazionali possono chiedere il parere della Commissione in base alla sezione 3 della presente comunicazione". Aggiunge tuttavia il § 13 che "ciò non pregiudica la possibilità o l'obbligo del giudice nazionale di chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla questione ai sensi dell'articolo 234 del trattato CE" (ora art. 267 TFUE).

14. Pertanto, in considerazione del monopolio interpretativo del diritto euro-unitario che i Trattati assegnano alla Corte di giustizia e della natura di Giudice di ultima istanza rivestita dal Consiglio di Stato, il Collegio - ai sensi dell'art. 267 TFUE - sospende il presente giudizio per investire la Corte di giustizia dell'Unione europea della domanda di pronuncia pregiudiziale nei termini che seguono.

"Dica la Corte di giustizia dell'Unione europea se - in relazione agli artt. 107 e 108 TFUE, al Regolamento (CE) N. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, e successive modificazioni, al Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004 e alle eventuali ulteriori pertinenti disposizioni del diritto euro-

unitario - costituisca aiuto di Stato, come tale soggetto all'onere di previa notifica alla Commissione europea, un atto normativo secondario quale il regolamento adottato con il d.m. n. 37/2015 qui impugnato che, in diretta esecuzione di sentenze del Consiglio di Stato recanti il parziale annullamento dei regolamenti precedenti già comunicati alla Commissione, abbia inciso "ora per allora" sulle modalità di applicazione dell'accisa agevolata sul biodiesel modificando retroattivamente i criteri di riparto del beneficio fra le imprese richiedenti senza estendere la durata temporale del programma di agevolazioni fiscali".

15. Ogni ulteriore determinazione nel rito, sul merito e quanto alle spese va rinviata alla definizione della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), viste le Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, adottate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea (2019/C 380/01):

a) rimette alla Corte la questione pregiudiziale esposta in motivazione *sub* § 14;

b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;

c) dispone, in attesa della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio;

d) riserva alla sentenza definitiva ogni ulteriore pronuncia nel rito, sul merito e quanto alle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

Luca Lamberti, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Castiglia

IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO

ATTESTAZIONE DI CONFORMITA'

Il/La sottoscritto/a LETTA ANTONIO funzionario del CdS, attesta, ai sensi dell'art 23 del CAD, che la/il sentenza/ordinanza/decreto riprodotto/a nella presente copia su supporto cartaceo è conforme all'originale contenuto nel fascicolo informatico sottoscritto con firma digitale conforme alle regole tecniche previste dal CAD

I certificati dei firmatari, rilasciati da un certificatore accreditato, al momento dell'apposizione della firma digitale risultavano validi e non revocati

La presente copia si compone di complessivi n 12 fogli, per complessive 12 facciate inclusa la presente, tutti firmati dal sottoscritto/a

Roma, li 05/12/2019

Firma