

**COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI.
ALCUNI PROFILI PROBLEMATICI: NOZIONE DI P.M.I.,
RAPPORTO DI MANDATO E NATURA IMPRENDITORIALE**

*Francesca Dealessi, Andrea Lanciani, Ivan Libero Nocera **

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La nozione di P.M.I. applicabile nelle CER. La definizione di P.M.I. nelle Regole Operative del G.S.E. – 2.1 (*segue*) La nozione di P.M.I. nella Direttiva RED II e nel d.lgs. n. 199/2021 – 2.2 (*segue*) I criteri per individuare le P.M.I. membri di una CER – 3. Il titolare degli incentivi e la CER come mandatario – 3.1 La posizione dell'Agenzia delle Entrate e del Consiglio Nazionale del Notariato – 3.2 Il soggetto beneficiario degli incentivi – 3.3 La persistenza del rapporto di mandato tra i membri della CER e la CER – 4. La CER è qualificabile come impresa? – 4.1 La nozione di attività di impresa e la sua applicabilità alle CER – 4.2 L'attività di ripartizione degli incentivi: un approccio caso per caso – 5. Riflessioni conclusive: le ripercussioni pratiche dell'impostazione teorica scelta.

1. – Il recente completamento della normativa secondaria e l'avvio della concreta operatività delle Comunità Energetiche Rinnovabili (le c.d. CER, acronimo che si utilizzerà nella presente indagine) - volte a incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili, ridurre il consumo energetico da fonti tradizionali e fornire benefici ambientali, economici e sociali in chiave comunitaria, piuttosto che a realizzare profitti finanziari - hanno suscitato l'interesse della dottrina civilistica ¹, con interventi funzionali a risolvere i molti temi teorici e pratici

* Questo saggio è frutto del lavoro congiunto degli autori e di una riflessione comune, tuttavia, vanno attribuiti ad Andrea Lanciani il par. 2, a Francesca Dealessi il par. 3 e ad Ivan Libero Nocera i par. 4 e 5.

¹ Vedasi in proposito M. RENNA, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo collettivo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, in *Nuove Leggi Civili Comm.*, 2024, p. 161; L. DI CERBO, *Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2749; M. Meli (a cura di), *La transizione verso nuovi modelli di produzione e consumi di energia da fonti rinnovabili*, Pisa, 2023, *passim*; ID., *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di Energy Sharing*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, p. 630; V. CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2023, p. 381; ID., *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione*



posti da questa disciplina, voluta in origine come semplice ma rivelatasi, alla fine, assai complessa, anche in quanto composta da molteplici interventi normativi succedutisi nel tempo.

Le CER sono definite dalla Direttiva 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 ("RED II")² quali soggetti giuridici connotati da una struttura aperta e da una partecipazione volontaria, dotati di autonomia ed effettivamente controllati da membri, tra cui persone fisiche, P.M.I. e autorità locali (comprese le P.A.) – non già da grandi *energy companies* attive sul mercato energetico – siti in prossimità degli impianti di produzione energetica che appartengono o sono sviluppati dalla stessa CER.

Si comprende, pertanto, come le CER rappresentino una forma di "democratizzazione del sistema energetico"³ realizzata attraverso la comproprietà o la disponibilità dei mezzi di produzione e la co-gestione degli strumenti di distribuzione che permettono agli utenti, in quanto suoi membri, di assumere, al contempo, la veste di produttori, consumatori e gestori di energia rinnovabile.

Tuttavia, non si impone alla CER in quanto tale la regola della stretta democraticità, intesa come pari posizione di tutti i membri (pubblici o privati che siano), fermi restando i limiti previsti dal nostro ordinamento interno

dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico, ivi, 2022, p. 1185; L. CUOCOLO – P.P. GIAMPELLEGRINI – O. GRANATO (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, Milano, 2023, *passim*; S. MONTICELLI – L. RUGGERI, *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli, 2022, *passim*; E. GIARMANÀ, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche. I primi interventi di regolazione*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 1; E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Riv. orizz. Dir. comm.*, 2020, p. 71; C. BEVILACQUA, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, p. 1. In ambito europeo vedansi L. DIESTELMEIER – V. CAPPELLI, *Conceptualizing 'Energy Sharing' as an Activity of 'Energy Communities' under EU Law: Towards Social Benefits for Consumers?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2023, p. 15; V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile. Prime note sull'esperienza francese*, in *Ambientediritto*, 2022, 3, p. 9; T.G. ILIOPOULOS, *Europeanisation of Renewable Energy Support Law: A Suspended Step Towards Harmonisation*, in B. Vanheusden - T.G. Iliopoulos – A. Vanhellefont (a cura di), *Harmonisation in EU Environmental and Energy Law*, Cambridge, 2022, p. 237; P. CROSSLEY, *Renewable Energy Law. An International Assessment*, Cambridge, 2019, *passim*.

² Recepita nel nostro ordinamento tramite l'art. 42-bis d.l. n. 162/2019, gli artt. 31-33 d.lgs. n. 199/2021, la deliberazione 27 dicembre 2022, 727/2022/R/eel dell'ARERA – Definizione, ai sensi del d.lgs. n. 199/2021 e del d.lgs. n. 210/2021, della regolazione dell'autoconsumo diffuso.

³ In questi termini M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, cit., 633.

per determinati modelli quali l'associazione ente del terzo settore (art. 24 del Codice del Terzo Settore) e la cooperativa (art. 2538, comma 2, c.c.).

Del resto, i principi di equo trattamento, non discriminazione e della c.d. "porta aperta" scolpiti dalla Direttiva RED II ⁴ non implicano parità di posizione dei membri. Al contrario, il paradigma di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. - in intima connessione con la capacità dell'amministrazione di favorire la piena realizzazione dei cittadini - richiede che siano tenute in considerazione eventuali posizioni differenziate e l'adozione di linee tese al riequilibrio ovvero al riconoscimento di specificità meritevoli di valorizzazione, anche attraverso misure compensative e la diversificazione dei membri in categorie. Di conseguenza, potrebbe, ad esempio, essere prevista una categoria di membri esonerata dall'onere di quote associative in ragione del basso reddito o della loro vulnerabilità ovvero una categoria di membri, quali le amministrazioni locali, cui siano riservati poteri più ampi, in ragione del loro ruolo garante e incentivante, in quanto soggetti istituzionalmente preposti al raggiungimento di finalità comuni a quelle delle CER ⁵.

⁴ L'art. 22, comma 4, di tale direttiva stabilisce che gli Stati membri forniscono un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile, il quale garantisce che: «d) le comunità di energia rinnovabile siano soggette a procedure eque, proporzionate e trasparenti, in particolare quelle di registrazione e di concessione di licenze, e a oneri di rete che tengano conto dei costi, nonché ai pertinenti oneri, prelievi e imposte, garantendo che contribuiscano in modo adeguato, equo ed equilibrato alla ripartizione generale dei costi del sistema in linea con una trasparente analisi costi-benefici delle risorse energetiche distribuite realizzata dalle autorità nazionali competenti; [...] f) la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili; [...] i) siano disponibili norme per assicurare il trattamento equo e non discriminatorio dei consumatori che partecipano a una comunità di energia rinnovabile». In direzione analoga si veda il PNIEC italiano per il decennio 2021-2030 (Piano nazionale integrato per l'energia e il clima per gli anni 2021-2030), pp. 123-203, in particolare p. 123, ove si afferma che «date talune finalità delle comunità, come indicate dalla Direttiva rinnovabili, si esploreranno modalità con le quali le stesse comunità possano essere strumento aggiuntivo per dare sostegno a famiglie in condizioni di povertà energetica, soprattutto laddove interventi diretti (ad esempio con impianti di autoconsumo) non siano tecnicamente possibili».

⁵ A questa ricostruzione non pare osti l'art. 10, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 199/2021, a tenore del quale «sono ammesse all'incentivazione le comunità di energia rinnovabili nonché le configurazioni di autoconsumo collettivo per il tramite dei rispettivi soggetti rappresentanti, ivi inclusi i casi in cui i poteri di controllo delle comunità risultino attribuiti per la maggioranza a pubbliche amministrazioni, fermo restando il divieto di cumulo di più incentivi per lo stesso intervento». Il riferimento ai casi in cui i poteri di controllo delle comunità sono attribuiti per la maggioranza a P.A., non vale infatti ad introdurre l'eccezione ad una regola, in nessuna norma espressa, che vieterebbe una tale attribuzione.

D'altro canto, è la stessa Direttiva che, all'art. 2, n. 16, lett. a), nel definire la CER, precisa che si tratta di un soggetto giuridico «effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili». Pertanto, la stessa normativa comunitaria e la sua attuazione domestica⁶ non pongono su un piano paritario i membri della CER, atteso che ne riservano il controllo unicamente a coloro il cui POD (*Point Of Delivery*), ovvero il punto fisico di connessione del prelievo di energia) è situato nel territorio dei Comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione: in sostanza, il potere di controllo deve essere riconosciuto solo ad alcuni membri della CER e non ad altri, in funzione della maggiore o minore prossimità agli impianti di produzione. Autorevole dottrina⁷ ha dedotto la regola della democraticità da quella dell'autonomia, espressamente imposta alla CER, osservando che «il requisito dell'autonomia trova il proprio fondamento e il proprio significato nel considerando 71 della dir. 2018/2001/UE, di seguito riportato: «per evitare gli abusi e garantire un'ampia partecipazione, le comunità di energia rinnovabile dovrebbero poter mantenere la propria autonomia dai singoli membri e dagli altri attori di mercato tradizionali che partecipano alla comunità in qualità di membri o azionisti o che cooperano con altri mezzi, come gli investimenti». Tuttavia dalla nozione di autonomia si può desumere, appunto, soltanto l'autonomia dell'ente, ossia l'assenza di un soggetto che controlli o eterodiriga l'ente, e non già un principio rigido di stretta parità di diritti di tutti i membri della CER, tanto più ove la diversificazione trovi giustificazione negli obiettivi previsti dalle stesse norme che disciplinano la CER.

Le CER, dunque, costituiscono uno strumento che presenta molteplici peculiarità, incrociando differenti aspetti di notevole interesse giuridico, come

Piuttosto, l'inciso parrebbe di portata ricognitiva e giustificato dalla rilevanza del conto termico per le Pubbliche Amministrazioni e dalla riserva ad esse di ingenti risorse per la riqualificazione dei loro edifici, con conseguente specifica entità del fenomeno.

⁶ L'art. 31, comma 1, del d.lgs. n. 199/2021 ha poi recepito tali previsioni stabilendo che l'esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente ai soggetti compresi nelle categorie in esso elencate, situati nei territori dei Comuni in cui sono ubicati gli impianti (lett. b), e che la partecipazione è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, ferma restando la riserva dei poteri di controllo (lett. d).

⁷ C.N.N., Studio n. 38-2024/i – *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, di E. CUSA, pubblicato il 27 marzo 2024 e disponibile in https://notariato.it/it/ufficio_studio/, p. 17, ove altri riferimenti conformi.

dimostrano i recenti contributi dottrinari che si sono soffermati sui profili della tipologia di forma giuridica adottabile⁸, sulla *governance*⁹, sulla titolarità delle fonti di produzione¹⁰, sui profili di responsabilità¹¹ e sui modelli negoziali utili per ottenere il godimento di un impianto di produzione di energia¹².

Questo articolo si propone di affrontare alcuni nodi applicativi, finora rimasti sullo sfondo, sorti dalla significativa stratificazione normativa e da un quadro giuridico multilivello, sollevati da un recente Studio del Consiglio Nazionale del Notariato¹³, calando nella pratica le problematiche poste in evidenza dalla sempre più articolata attività legislativa in materia di energia, in modo da alimentare continuamente il fruttuoso collegamento fra *law in the books* e *law in action*.

In particolar modo, il presente lavoro tenta di fare chiarezza sulla nozione di piccola e media impresa al fine della sua individuazione quale possibile membro della CER, sul rapporto tra i singoli membri e il soggetto giuridico CER in relazione alla titolarità degli incentivi, e, in ultimo, sulla natura imprenditoriale della stessa CER.

⁸ M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giur. it.*, 2023 p. 2761; C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 385; L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2772; M. PAFUMI, *Il soggetto giuridico Comunità Energetica: quali soluzioni possibili?*, in M. Meli (a cura di), *La transizione verso nuovi modelli di produzione e consumi di energia da fonti rinnovabili*, cit., p. 121; R. PISELLI, *Le comunità energetiche tra pubblico e privato: un modello organizzativo transtipico*, in *Dir. e società*, 2022, p. 776.

⁹ A. DAVOLA, *La governance delle Comunità Energetiche tra finalità mutualistiche, democraticità e sostenibilità economica. Un'analisi empirica*, in *Dir. e società*, 2022, p. 885; C. IAIONE, A. NUZZO; R. PISELLI; E. DE NICTOLIS; A. DAVOLA et al., *La governance per la gestione sostenibile e inclusiva delle comunità energetiche: analisi di pre-fattibilità economico-giuridica*, Report di ricerca per l'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), 2020, disponibile su <https://www2.enea.it/it/ricerca-di-sistema-elettrico/accordo-di-programma-MiSE-ENEA-2019-2021/tecnologie/tecnologie-per-la-penetrazione-efficiente-del-vettore-elettrico-negli-usi-finali/report-2020>.

¹⁰ L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., p. 2772.

¹¹ G. GRASSO, *Energia condivisa. Nuove questioni e improponibilità di vecchie soluzioni in materia di responsabilità*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, p. 1406; ID., *Profili di responsabilità nelle comunità energetiche e negli scambi di energia tra pari*, in M. Meli (a cura di), *La transizione verso nuovi modelli di produzione e consumi di energia da fonti rinnovabili*, cit., p. 65.

¹² F. BARTOLINI, *I contratti di godimento per lo sviluppo delle comunità energetiche*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2781.

¹³ C.N.N., Studio n. 38-2024/i – *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit.

2. – Il G.S.E. (i.e. la società interamente controllata dal M.E.F. che ha il compito di promuovere lo sviluppo e la produzione di energia da fonti rinnovabili) nelle Regole Operative che ha elaborato per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso e al contributo PNNR, approvate dal Decreto direttoriale M.A.S.E.¹⁴ del 23 febbraio 2024 n. 22 ("Regole Operative"), introduce la definizione di piccole e medie imprese stabilendo che: «Per piccole imprese si intendono imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; per medie imprese si intendono le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro»¹⁵. Ha poi cura di precisare che «ai sensi della Raccomandazione della Commissione Europea n. 361 del 6.5.2003, che ha definito le modalità di applicazione dei criteri da utilizzare per il calcolo della dimensione delle imprese ai fini della definizione di P.M.I., nel caso in cui l'impresa sia collegata e/o associata ad una o più imprese, ai fini della verifica dei dati di occupazione e di fatturato o bilancio, andranno presi in considerazione non solo i dati dell'impresa stessa, ma anche quelli delle imprese associate e collegate. Ai fini dei calcoli dimensionali e/o economici delle imprese, ivi incluse quelle per le quali esiste una relazione con altre imprese (collegate e/o associate), si rinvia ai criteri descritti nella suddetta Raccomandazione e nel D.M. 18 aprile 2005, atto quest'ultimo che recepisce la descritta disciplina comunitaria»¹⁶.

Atteso tale rinvio formale, occorre fare riferimento a tutta la normativa di cui alla Raccomandazione della Commissione 6 maggio 2003 n. 2003/361/CE (d'ora innanzi anche solo "Raccomandazione"), che all'art. 2 dell'Allegato individua i parametri di riferimento per decidere se l'impresa è piccola o media¹⁷.

Tuttavia, la Raccomandazione non si limita a valutare la P.M.I. isolatamente, ma considera rilevanti anche i rapporti che essa può avere con altre imprese. In particolare, ai sensi dell'art. 6, ai fini del rispetto dei parametri stabiliti per le P.M.I., si devono aggregare i dati delle imprese controllanti

¹⁴ Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

¹⁵ Regole Operative par. 1.2.2.3, nota 2.

¹⁶ Regole operative, par. 1.2.2.3.

¹⁷ In tale norma si afferma che «La categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (P.M.I.) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR».

(“collegate” nella terminologia della Raccomandazione e definite all’art. 3 dell’Allegato) o aggiungere proporzionalmente quelli delle imprese associate (vale a dire quelle che – sempre ai sensi dell’art. 3– detengono almeno il 25% del capitale senza essere controllanti).

L’art. 3 contiene poi un’ulteriore disposizione al paragrafo 4: «Salvo nei casi contemplati al paragrafo 2, secondo comma, un’impresa non può essere considerata P.M.I. se almeno il 25% del suo capitale o dei suoi diritti di voto è controllato direttamente o indirettamente da uno o più organismi collettivi pubblici o enti pubblici, a titolo individuale o congiuntamente». In sostanza, secondo tale norma, se v’è una partecipazione pubblica l’impresa, indipendentemente dalle sue dimensioni, non può considerarsi una P.M.I..

L’art. 3 contempla, infine, alcune esenzioni, di talché un’impresa può essere definita “autonoma”, ovvero priva di imprese associate, anche se viene raggiunta o superata la soglia del 25%, nel caso in cui siano presenti determinate categorie di investitori, a condizione che questi non siano individualmente o congiuntamente collegati, ai sensi del paragrafo 3, con l’impresa in questione¹⁸.

L’impostazione del G.S.E. sembra coerente con quella indirettamente richiamata dal Decreto MASE n. 414/2023 (il c.d. “Decreto CACER”): infatti, ancorché non offra una sua definizione di P.M.I.¹⁹, tale atto amministrativo richiama il punto 25 della decisione della Commissione europea C (2023) 8086 *final* del 22 novembre 2023, con la quale è stato approvato il regime italiano di aiuti di Stato per un importo di € 5,7 miliardi, al fine di sostenere la produzione e l’autoconsumo di energia elettrica rinnovabile, reputandolo compatibile con il mercato interno ai sensi dell’art. 107, par. 3, lett. c) del T.F.U.E.

In realtà, in uno strano gioco di rinvii, il punto 25 non è una statuizione della Commissione, bensì un richiamo della normativa italiana. Specificatamente,

¹⁸ Si tratta dei seguenti casi: *a*) società pubbliche di partecipazione, società di capitale di rischio, persone fisiche o gruppi di persone fisiche, esercitanti regolare attività di investimento in capitali di rischio («*business angels*») che investono fondi propri in imprese non quotate, a condizione che il totale investito da suddetti «*business angels*» in una stessa impresa non superi 1.250.000 EUR; *b*) università o centri di ricerca senza scopo di lucro; *c*) investitori istituzionali, compresi i fondi di sviluppo regionale; *d*) autorità locali autonome aventi un budget annuale inferiore a 10 milioni di EUR e meno di 5.000 abitanti.

¹⁹ Una definizione di P.M.I. non è presente neppure nel Testo integrato autoconsumo diffuso (c.d. TIAD) approvato dall’ARERA con la delibera 727/2022 del 27 dicembre 2022.

in merito alla nozione di P.M.I. v'è la seguente nota esplicativa della Commissione: «*See Article 2, paragraph 1, letter (g) of the legislative decree n. 199/2021, which refers to recommendation 2003/361/CE, transposed with MD 18 April 2005, Adaptation of the criteria for identifying small and medium sized enterprises to the Community framework*». In sostanza, all'esito dei vari rinvii, sembrerebbe pacifico, in quanto espresso dalle varie autorità coinvolte nel processo di attuazione della normativa in materia di CER, che vi sia, per l'identificazione delle P.M.I., il richiamo all'intero articolato normativo della Raccomandazione.

2.1 – La Direttiva “RED II” definisce P.M.I. «le microimprese, le piccole imprese o le medie imprese quali definite all'articolo 2 dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione», nozione pedissequamente ripresa dall'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 199/2021.

Come evidente, il richiamo effettuato dalla Direttiva e dal d.lgs. n. 199/2021 non è a tutta la Raccomandazione, ma unicamente all'art. 2 dell'Allegato che offre la definizione di P.M.I., mentre non sono richiamate le norme che impongono i criteri di cumulo e di esclusione delle società partecipate per più del 25% da enti pubblici.

Una tale limitazione del richiamo alla Raccomandazione non è inedita nel nostro ordinamento interno. Ad esempio, il Codice dei contratti pubblici precedentemente in vigore, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, stabiliva all'art. 3, comma 1, lett. aa), che per microimprese, piccole e medie imprese dovevano intendersi: «le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro».

Tale definizione è stata così interpretata dal Consiglio di Stato: «Il legislatore ha considerato rilevanti per la qualificazione giuridica di 'P.M.I.' gli indici elencati nell'art. 2 dell'allegato alla citata Raccomandazione – segnatamente, quelli occupazionale e del fatturato annuo, ovvero, in alternativa, del bilancio

– senza distinguere ai fini del calcolo dei predetti indici tra «impresa autonoma», «impresa associata» e «impresa collegata» (come invece si fa nel successivo art. 3 dell'allegato alla Raccomandazione), e senza neppure richiamare l'art. 6 dello stesso allegato, relativo alla determinazione dei dati dell'impresa»²⁰.

In sostanza, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il richiamo al solo art. 2 dell'Allegato alla Raccomandazione imponga, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, la verifica dei dati rilevanti della sola impresa isolatamente considerata, ossia indipendentemente e a prescindere da vincoli di associazione, collegamento o dalla partecipazione pubblica.

In effetti, la Direttiva di riferimento sugli appalti pubblici (2014/24/UE) contiene una definizione vincolante di P.M.I. solo all'art. 83 (informazioni sull'applicazione della direttiva) e per le specifiche finalità dello stesso, stabilendo che: «Ai fini del presente paragrafo e del paragrafo 4 del presente articolo, le «P.M.I.» sono da intendersi quali definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione», mentre lascia gli Stati membri liberi di avvalersi di diverse e ulteriori definizioni per altre finalità.

La normativa sugli appalti pubblici è successivamente cambiata e ha adottato quale regola generale la definizione di P.M.I. prevista dalla Direttiva solo

²⁰ Così Consiglio di Stato, sezione VI, 2 settembre 2022, n. 7667, che ha confermato TAR Bolzano n. 174/2021. Il Consiglio di Stato aggiunge che «La lettera della disposizione è chiara in tal senso: viene richiamata genericamente la definizione di “microimprese, piccole e medie imprese” riportata nella Raccomandazione relativa alla definizione delle micro-imprese, piccole e medie imprese, per poi specificare in modo puntuale («In particolare, sono medie imprese [...]») gli indicatori necessari e sufficienti ai fini della qualificazione delle ‘P.M.I.’ (effettivi, dati di bilancio e fatturato) e senza attribuire alcuna rilevanza giuridica ad eventuali forme di controllo o di collegamento con soggetti estranei alla gara ai fini dell'imputazione dei predetti criteri dimensionali. La *voluntas legis* di non operare un richiamo all'intero portato della Raccomandazione n. 2003/361/CE – recependo sì la tipologia di ‘soglie’ ma da imputarsi alla comune nozione giuridica di impresa giuridicamente autonoma, al fine probabilmente di facilitare maggiormente l'accesso delle P.M.I. alle procedure di gara – non contrasta con il primato delle fonti del diritto dell'Unione. La Raccomandazione è, infatti, un atto cui difetta un'efficacia precettiva diretta, generale ed erga omnes, consistendo, come è noto, in un'esortazione a tenere un certo comportamento suggerito, senza neppure obbligo di risultato (l'art. 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea recita: «[...] Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti»). La stessa Raccomandazione in commento prevede poi, nella sua stessa formulazione, significativi margini di flessibilità: prevedendo che le soglie indicate all'art. 2 dell'allegato «costituiscono valori massimi» (potendo gli Stati membri «stabilire, in taluni casi, soglie inferiori»); ovvero facendo salva la possibilità di «impiegare unicamente il criterio degli effettivi per l'attuazione di determinate politiche, eccetto nei settori disciplinati dalle varie normative in materia di aiuti pubblici».

per la finalità dell'art. 83 e quindi con richiamo dell'intera Raccomandazione. Il d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 reca, infatti, nell'Allegato I.1, la seguente definizione di P.M.I.: «le imprese come definite nella raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione europea, del 6 maggio 2003», con un inequivoco richiamo all'intera Raccomandazione e a tutti i criteri ivi indicati.

Ciò premesso, ci si deve chiedere se il richiamo al solo art. 2 contenuto nella Direttiva (UE) 2018/2001 e nel d.lgs. n. 199/2021 debba essere letto nel suo significato piano e letterale, così come indicato dal Consiglio di Stato per la sopra indicata norma, nel senso che le P.M.I. devono essere identificate considerando l'impresa isolatamente, senza l'utilizzo delle nozioni di impresa associata o di partecipazioni pubbliche che sono contenute negli art. 3 e 6 dell'Allegato alla Raccomandazione.

La preferenza per l'interpretazione letterale della norma trova conferma nel processo di approvazione della Direttiva RED II.

La proposta della Direttiva elaborata dalla Commissione rinviava ai fini della definizione di P.M.I. alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione²¹, con un chiaro ed indiscutibile riferimento all'intero plesso normativo. Tuttavia, nelle fasi finali, in data 13 novembre 2018, il Parlamento ha approvato un testo che contiene la seguente definizione di P.M.I.: «le microimprese, le piccole imprese o le medie imprese quali definite all'articolo 2 dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione»²².

²¹ Bruxelles, 23 febbraio 2017 COM(2016) 767 final 2016/0382 (COD) Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (rifusione); il testo proposto era il seguente: «art. 2 (kk) «P.M.I.»: le microimprese, le piccole imprese o le medie imprese ai sensi della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione».

²² Bruxelles, 16 novembre 2018 (OR. en) 14026/18 CODEC 1933 ENER 368 CLIMA 205 CONSOM 308 TRANS 522 AGRI 531 IND 333 ENV 734 PE 157 - Fascicolo interistituzionale: 2016/0382(COD). Nella comunicazione del Segretariato del Consiglio dell'Unione Europea che trasmette la bozza di Direttiva al Consiglio dell'unione Europea, contenuta nel documento citato, si dà atto che «Conformemente alle disposizioni dell'articolo 294 del TFUE e alla dichiarazione comune sulle modalità pratiche della procedura di codecisione, hanno avuto luogo vari contatti informali tra il Consiglio, il Parlamento europeo e la Commissione al fine di raggiungere un accordo in prima lettura sul fascicolo in questione, evitando in tal modo di dover ricorrere ad una seconda lettura e alla procedura di conciliazione. In questo contesto, il relatore José Blanco López (S&D, ES) ha presentato, a nome della commissione per l'industria, la ricerca e l'energia, un emendamento di compromesso (emendamento 359) alla proposta di direttiva. Tale emendamento era stato concordato durante i contatti informali di cui sopra. Non sono stati presentati altri emendamenti. Nella votazione del 13 novembre 2018, la plenaria ha adottato l'emendamento di compromesso (emendamento 359) alla proposta di

Sul punto il Parlamento non ha espresso specifica motivazione, in quanto aveva appena approvato e motivato un'analogia modifica relativa alla direttiva in materia di efficienza energetica. In effetti, poco prima, nella stessa seduta del 13 novembre 2018, il Parlamento aveva approvato la Risoluzione legislativa sulla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica (COM(2016)0761 – C8-0498/2016 – 2016/0376(COD)), che ha come allegato la proposta di testo finale con la seguente nuova definizione di P.M.I.: «14-ter) Le piccole e medie imprese (P.M.I.) che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono le imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR e/o il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR, conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, dell'allegato alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione»²³.

L'obiettivo, nello specifico, era quello di dare una definizione chiara di P.M.I., essendo in discussione diverse nozioni che, secondo il Parlamento «determinano un notevole onere amministrativo»²⁴. In effetti la Direttiva (UE) 2023/1791 ha poi adottato la medesima definizione "semplificata" rinviando all'art. 2, par. 1, dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione.

Pertanto, il riferimento della Commissione contenuto nel punto 25 della decisione della Commissione europea C(2023) 8086 *final* del 22 novembre 2023, cui sembrano aver fatto riferimento le autorità italiane, parrebbe, alla luce delle considerazioni sopra esposte, doppiamente erroneo: (i) in primo luogo, la Direttiva - così come la norma italiana di attuazione - si riferisce ad un solo articolo

direttiva. La proposta della Commissione così modificata costituisce la posizione del Parlamento in prima lettura, contenuta nella risoluzione legislativa riportata in allegato 2. La posizione del Parlamento rispecchia quanto precedentemente convenuto fra le istituzioni. Il Consiglio dovrebbe pertanto essere in grado di approvare detta posizione. L'atto sarebbe quindi adottato nella formulazione corrispondente alla posizione del Parlamento». Il testo dell'emendamento 359 è quello che rappresenta l'intesa tra le istituzioni, e che ha dato origine al testo finale della Direttiva (UE) 2018/2001 e contiene la definizione di P.M.I. riferita non più all'intera Raccomandazione ma al solo art. 2 di essa.

²³ Vedasi Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 13 novembre 2018 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica (COM(2016)0761 – C8-0498/2016 – 2016/0376(COD)).

²⁴ Si veda l'allegato della Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 13 novembre 2018 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica (COM(2016)0761 – C8-0498/2016 – 2016/0376(COD)).

della Raccomandazione e non all'intera Raccomandazione; (ii) inoltre, il riferimento della norma italiana è direttamente fatto a tale articolo dell'Allegato alla Raccomandazione, con conseguente inconferenza di qualsiasi riferimento al Decreto Ministeriale del 18 aprile 2005 (di adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccole e medie imprese).

2.2 – Da quanto esposto, al fine di individuare i soggetti imprenditoriali che possono essere membri di una CER non si può che fare riferimento a quanto dicono la Direttiva RED II e il d.lgs. n. 199/2021, accogliendo, quindi, quale unico criterio selettivo quello contenuto nel solo art. 2 dell'Allegato alla Raccomandazione. Una diversa interpretazione contrasta non soltanto con il piano tenore letterale di tali fonti normative, ma anche con il processo di approvazione della Direttiva che ha modificato il testo originario, il quale aveva invece un riferimento generale all'intera Raccomandazione.

Di conseguenza, in concreto, assumendo a riferimento il solo art. 2, ai fini della dimensione dell'impresa occorre avere riguardo unicamente ai dati di bilancio e al numero dei dipendenti dell'impresa stessa, senza procedere all'eventuale aggregazione dei dati delle altre imprese controllanti o partecipanti. Inoltre, anche un'impresa in controllo pubblico, qualora non si qualifichi di per sé grande impresa secondo i criteri di cui all'art 2, può ben essere assumere la qualità di membro della CER e suo referente.

Resta da comprendere se tale definizione abbia una valenza limitata al diritto di partecipare ad una CER oppure si estenda anche alla disciplina degli incentivi che costituiscono aiuti di Stato e che sono ricevuti dalla CER e attribuiti ai membri. Il tema è aperto, anche se il descritto orientamento della Commissione Europea e del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica sembra essere nel senso che ai fini della disciplina degli aiuti di Stato si debba fare riferimento a tutte le disposizioni della Raccomandazione.

3. – Dopo aver esaminato il perimetro definitorio delle P.M.I., occorre soffermarsi sul rapporto tra la CER – che, come si ricorda, deve essere un soggetto di diritto – e i suoi membri, con riferimento alla titolarità degli incentivi.

È noto che la normativa italiana prevede un incentivo sull'energia condivisa tra i membri di una CER, ovvero sulla quantità di energia, su base oraria, scambiata (per il tramite della rete di distribuzione) tra utenti connes-

si alla medesima cabina primaria²⁵. Al fine di ottenere tale incentivo occorre contabilizzare l'energia immessa da impianti di produzione afferenti alla CER e i prelievi da parte dei suoi membri. L'energia condivisa riceve un incentivo o tariffa premio che è differenziato in base alla taglia dell'impianto di produzione ed è indicizzato rispetto al prezzo zonale dell'area di mercato cui la CER afferisce.

Dall'analisi della normativa di settore, come si vedrà meglio *infra*, pare dedursi che titolari degli incentivi sono non già il soggetto giuridico CER ma i suoi membri, e che l'ente giuridico opera esclusivamente in forza di un rapporto mandato conferito dai singoli membri alla CER.

Tale assunto aveva trovato riscontro nella risposta dell'Agenzia delle Entrate ad un interpello²⁶, in cui l'agenzia fiscale ha affermato che una CER,

²⁵ Sulle c.d. "leggi incentivo" si vedano le acute considerazioni di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 21, il quale, richiamando un noto scritto di G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, pp. 125 ss., richiama le tre caratteristiche che Guarino indicava per definire le leggi-incentivo: a) con esse lo Stato si propone di sollecitare i privati al compimento di specifiche attività; b) per ottenere l'attività desiderata, con esse lo Stato promette un vantaggio a favore del privato; c) l'attività stimolata, in assenza della legge non sarebbe compiuta o sarebbe compiuta con forme o in quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse collettivo. Con esse, pertanto, lo Stato non si sostituisce ai privati, nel fare ciò che essi omettono di fare nell'esercizio della loro autonomia, ma «stimola, con la promessa di opportuni vantaggi, l'attività dei singoli verso fini ritenuti di utilità collettiva. Le risorse finanziarie disponibili non sono direttamente utilizzate dallo Stato o da altri enti pubblici, ma dai privati, che così perseguono scopi sottratti alla loro valutazione di convenienza [...]».

²⁶ Risposta all'interpello n. 956-1284/2023 del 28 novembre 2023, disponibile su <https://www.agenziaentrate.gov.it/>. Secondo l'Agenzia delle Entrate: "In merito al trattamento da riservare ai proventi corrisposti dal GSE alla CER e, da quest'ultima ai propri membri, si osserva che, come affermato nell'istanza, tra l'Istante e i suoi membri sussiste un rapporto di mandato senza rappresentanza per effetto del quale, in sostanza, il mandatario acquista diritti per sé, ma è tenuto a trasferirli ai mandanti. (...) In sostanza, per effetto di tali previsioni, l'Istante riceve le predette somme in qualità di "mandataria" per conto dei propri membri, ai quali poi le restituisce. Al riguardo, si ritiene che, nel caso rappresentato, dette somme assumono rilevanza reddituale in capo ai singoli membri con l'applicazione del trattamento fiscale in base alla natura propria del soggetto, come delineato nella citata risoluzione n. 18/E del 2021 e nella risposta n. 37 del 2022. Inoltre, trattandosi di "restituzione" di somme che la CER istante riceve dal GSE per conto dei propri associati, non sembra configurarsi un aggiramento del divieto stabilito dall'articolo 8, comma 2, del CTS". In proposito, vedansi le acute riflessioni di L. SALVINI, *Profili fiscali delle Comunità Energetiche Rinnovabili*, in S. Monticelli - A. Bonafede (a cura di), *Comunità energetiche 2.0. L'autoconsumo alla luce dei recenti aggiornamenti normativi*, Napoli, 2024, p. 207.

anche se assume la natura di Ente del Terzo Settore, può distribuire ai suoi membri gli incentivi ricevuti senza violare l'art. 8, comma 2, del Codice del Terzo Settore, che impedisce la divisione degli utili tra i componenti di un ente non commerciale. Secondo l'Agenzia, infatti, la restituzione ai membri delle somme ottenute non configura un modo per eludere detto divieto, in quanto la CER si limita a riscuoterle per conto dei propri membri. Gli incentivi incassati da una CER costituita come ente non commerciale, quindi, non possono essere definiti "utili" e non sono soggetti a tassazione a carico della CER. Solo se e quando saranno restituiti ai singoli membri avranno un'incidenza fiscale in base allo *status* giuridico del destinatario (se si tratta di una persona fisica che non svolge attività d'impresa, arti e professioni, ad esempio, gli incentivi non avranno una rilevanza fiscale, come stabilito dall'Agenzia delle Entrate con la risoluzione 12 marzo 2021, n. 18/E).

L'esposta ricostruzione è stata messa recentemente in dubbio dal citato Studio n. 38-2024/I del Consiglio Nazionale del Notariato, nel quale si legge che: «Poiché la CER ha una propria soggettività e poiché «i soggetti beneficiari degli incentivi» sono le CACER (cioè, nel nostro caso, le CER incentivate, con le configurazioni a esse riconducibili) ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.m. n. 414/2023, la tariffa premio, al pari del contributo dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (c.d. ARERA), sono giuridicamente dovuti alla CER e non ai suoi membri, quand'anche la CER attribuisca la qualifica di referente a un soggetto diverso da sé; ma, allora, le predette somme pagate dal G.S.E. sono da qualificare (contabilmente e civilisticamente) come ricavi o proventi per la CER; sicché, questi valori, se si intende distribuirli (totalmente o parzialmente) tra alcuni o tutti i membri della CER, devono trasformarsi (contabilmente e civilisticamente) in una parte dell'utile di esercizio. A conferma di questa lettura si sottolinea come, al limite, nessun contributo pagato dal G.S.E. sia ripartibile tra i membri della CER, se così stabilisce l'atto costitutivo o un regolamento della CER o una decisione presa dall'organo competente del medesimo ente; ciò è possibile in ragione del fatto che i contributi del G.S.E. entrano prioritariamente e necessariamente nel patrimonio della CER e solo eventualmente escono da tale patrimonio per essere allocati in quelli dei membri della CER»²⁷.

²⁷ C.N.N., Studio n. 38-2024/i – *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 7.

3.1. – Tali assunti non appaiono del tutto condivisibili in quanto sembrano non pienamente coerenti con il dato positivo.

In primo luogo, l'art. 31, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 199/2021 prevede espressamente che «i membri delle comunità possono accedere agli incentivi di cui al Titolo II alle condizioni e con le modalità ivi stabilite»: si esplicita così che la titolarità dell'incentivo è dei membri e non già dell'ente giuridico.

Inoltre, l'art. 3, comma 1, del Decreto CACER non attribuisce con chiarezza gli incentivi al soggetto giuridico CER, limitandosi più genericamente ad affermare che «I soggetti beneficiari degli incentivi di cui al presente Titolo sono le configurazioni di autoconsumo per la condivisione dell'energia rinnovabile o CACER». In proposito, è ben noto che la configurazione di autoconsumo è concetto diverso dall'ente giuridico CER: infatti, non solo sono possibili configurazioni di autoconsumo diverse da quelle gestite dalle CER entità giuridiche, ma soprattutto una singola entità giuridica CER può gestire una pluralità di configurazioni di autoconsumo²⁸. In altri termini, v'è un equivoco tra CER intesa come ente giuridico dotato di soggettività e CER in senso descrittivo, ossia intesa come aggregazione di soggetti che autoconsumano sotto una singola cabina primaria: è a quest'ultima accezione che parrebbe rivolgersi l'art. 3 del Decreto CACER e non alle CER quali entità giuridiche.

Del resto, anche assumendo un asserito contrasto tra l'art. 31 del d.lgs. n. 199/2021 e l'art. 3 del Decreto CACER, il principio gerarchico imporrebbe di interpretare l'atto normativo di rango secondario (quale è il Decreto CACER) in conformità con la fonte di rango primario.

Pertanto, destinatari degli incentivi sono tutti i consumatori e produttori sottesi alla cabina primaria, e quindi i singoli membri della CER, e non già l'ente giuridico CER.

3.2 – Giova evidenziare, in aggiunta, che il Testo integrato autoconsumo diffuso (c.d. TIAD) approvato dall'ARERA con la delibera 727/2022 del 27 dicembre 2022, all'art. 3.4 lett. e), con riferimento alle CER, precisa espressamente, come già nella precedente normativa²⁹, che «i clienti finali e i pro-

²⁸ Si veda sotto questo profilo la delibera 27 dicembre 2022 n. 727/2022/R/EEL nella quale l'ARERA afferma che «la medesima CER/CEC, caratterizzata da un unico statuto, possa identificare una pluralità di sottoinsiemi, ciascuno afferente a un'area sottesa a una cabina primaria, per la valorizzazione dell'autoconsumo diffuso».

²⁹ Delibera ARERA 5 agosto 2020 n. 318/2020/R/EEL, attuativa dell'art. 42-bis d.l. 162/2019.

duttori facenti parte della configurazione hanno dato mandato al medesimo referente per la costituzione e gestione della configurazione», ribadendo così la ricostruzione del rapporto tra il singolo membro della comunità e la CER come integrante un contratto di mandato.

Tale ricostruzione è anche confermata dalla già citata decisione della Commissione europea C(2023) 8086 *final* del 22 novembre 2023 di approvazione del Decreto CACER, ove è precisato che: «*While the recipients of the support under the scheme are the configurations (for Measure 1 all the configurations as defined in recital (7) above, for Measure 2 the configurations as defined in recital (7) above in letter b) and c)), the beneficiaries of State aid are the entities that carry out the eligible renewable production projects in a configuration, to the extent they are undertakings*». Pertanto, la Commissione europea distingue chiaramente tra la CER che riceve materialmente gli incentivi e i membri che sono gli effettivi beneficiari del sostegno.

Si potrebbe obiettare che, a differenza delle originarie regole tecniche, nelle nuove Regole Operative il G.S.E. ha espressamente scritto che «il mandato [dei membri] non è richiesto qualora il referente sia la comunità stessa»³⁰. Ciò troverebbe specularmente conferma nella circostanza che, successivamente (in data 22 marzo 2024), in sede di pubblicazione degli schemi di mandato, il G.S.E. non ha più inserito, a differenza che nelle precedenti regole tecniche, lo schema del contratto di mandato conferito dai membri alla CER. Tuttavia, sulla base di quanto sopra e di una interpretazione sistematica, è possibile ritenere che, tale esclusione abbia una mera finalità semplificatoria e non, invece, modificativa della struttura giuridica dell'operazione, in quanto il mandato è considerato implicitamente inserito nella struttura del rapporto tra il membro e la CER. Tale conclusione pare confermata dal contenuto delle bozze di mandato che, secondo quanto previsto dalla Regole Operative, deve comunque essere concluso tra la CER e i produttori terzi: tali bozze hanno un testo comune a tutte le tipologie di configurazioni (sia le CER, sia i gruppi di autoconsumatori) e presuppongono chiaramente che il mandatario abbia tale ruolo per tutti i membri di tutte le tipologie di configurazioni³¹.

³⁰ Regole Operative, Allegato 2, nota 12.

³¹ Il mandato infatti, ancorché intercorrente tra la CER e un produttore terzo, contiene clausole quale la seguente, che identifica l'impegno della CER «a consentire per conto del mandante, avendone ricevuto pieno consenso, l'acquisizione e l'utilizzo da parte di GSE, per il tramite del Sistema Informativo Integrato gestito dall'Acquirente Unico S.p.A., dei dati e delle misure relative alla fornitura di

A conclusioni analoghe si deve giungere anche con riferimento ai contributi in conto capitale.

Invero, si osserva che l'art. 7 del Decreto CACER, in cui sono individuati i beneficiari di tali contributi (analogo al citato art. 3 relativo ai beneficiari della tariffa premio), dispone che «I beneficiari della misura PNRR [...] sono le CER [...] ubicate in Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti». Tuttavia, ancora una volta il riferimento alla CER deve intendersi non già rivolto all'ente giuridico bensì all'aggregazione e quindi ai singoli membri. Tale conclusione è corroborata dalle Regole Operative del G.S.E., le quali al par. 1.1.2 (“Soggetto beneficiario”) prevedono che «le richieste di accesso al contributo dovranno essere presentate dal soggetto beneficiario [...] che potrà essere: (i) nel caso di CER, la medesima CER, ovvero un produttore e/o cliente finale socio/membro della CER avente i requisiti rappresentati nel paragrafo 1.2.2.3 parte II». Si conferma, insomma, che l'intento normativo non è individuare l'ente giuridico CER come titolare degli incentivi, bensì i suoi membri.

Infine, giova precisare che l'ipotesi della CER che destina tutti gli incentivi a finalità sociali non presuppone che sia sempre essa il soggetto beneficiario degli incentivi, come, invece, opinato nel recente Studio del Consiglio Nazionale del Notariato³². Infatti, nella loro autonomia, i membri possono ben decidere, per sostenere la CER, di destinare ad essa gli incentivi. Si tratterebbe, visti gli importi, per ciascun membro, di contributi associativi o al più di erogazioni di modico valore e quindi validamente effettuate ai sensi dell'art. 783 c.c., senza esigere la forma dell'atto pubblico³³.

È, dunque, possibile affermare che non vi è tra l'attuale e la precedente disciplina alcuna cesura e quindi che: (i) beneficiari degli incentivi sono i membri delle CER e non le CER, che sono solo i collettori e distributori de-

energia elettrica afferente al punto di connessione del mandante, qualora rivesta ruolo di cliente finale nella configurazione, ai fini della determinazione dell'energia condivisa e per lo svolgimento delle altre attività previste dalle disposizioni normative»; si tratta di contenuti che presuppongono che la CER sia mandataria di tutti gli attori coinvolti (clienti finali, produttori interni e produttori esterni).

³² C.N.N., Studio n. 38-2024/i – *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 7.

³³ Naturalmente si dovrebbe trattare di una disposizione del regolamento interno che ciascun membro della CER accetta nel momento in cui aderisce all'ente. Inoltre, laddove si voglia ricondurre l'apporto all'alveo della liberalità, questa sarebbe probabilmente qualificabile come una donazione di prestazioni periodiche che, ai sensi dell'art. 772 c.c., costituisce un unico atto di liberalità e non una molteplicità di donazioni da parte di ciascun membro della CER.

gli incentivi (ii) le CER *no-profit* possono distribuire gli incentivi tra i loro membri, senza dover ricorrere all'estensione dei principi mutualistici come proposto dal recente Studio del Consiglio Nazionale del Notariato.

4. – È noto che la CER non deve avere lo scopo di lucro quale scopo principale, da intendersi prudenzialmente sia come profitto per i soci (lucro in senso soggettivo) sia come realizzazione di utili (lucro in senso oggettivo)³⁴. In proposito, vale precisare che non deve ritenersi scopo di lucro il beneficio economico derivante da un risparmio di spesa per i partecipanti, proporzionale al loro consumo, in luogo di una remunerazione per gli investimenti in partecipazioni.

La finalità lucrativa, ferma la sua non prevalenza, non è tuttavia del tutto esclusa; pertanto, a determinate condizioni i membri della CER possono conseguire apprezzabili vantaggi in termini strettamente economici (ad esempio sotto forma di dividendi sull'investimento iniziale ovvero di risparmi sui costi di accesso all'energia elettrica) oppure attraverso l'accesso a servizi offerti dalla stessa CER. Inoltre, il modello operativo di una CER può essere interamente destinato a favore dei soli membri della CER ovvero prevedere l'esternalizzazione di parte dell'offerta di energia verso terzi.

Un ulteriore interrogativo attiene alla natura necessariamente imprenditoriale delle CER, se cioè queste siano configurabili imprese *ex se* oppure se acquisiscano la natura di impresa solo al ricorrere di determinate circostanze (nella specie, l'immissione sul mercato dell'energia elettrica prodotta).

In proposito, lo Studio 38-2004/I del Consiglio del Notariato qualifica la CER come imprenditore commerciale «stante le seguenti tre ragioni: (i) è certa la natura commerciale (cioè non agricola) delle attività energetiche; (ii) queste ultime non sono di regola qualificabili come connesse ai sensi dell'art. 2135, comma 3, c.c., se esercitate da una CER che sia un imprenditore agricolo ai sensi dell'art. 2135, commi 1 e 2, c.c.; (iii) anche in presenza di CER in forma di enti senza scopo di lucro, le loro attività corrispondenti a imprese commerciali dovrebbero essere solitamente prevalenti (se non esclusive) rispetto a quelle non imprenditoriali». Dalla qualificazione della CER come impresa, consegue l'applicazione ad essa dello statuto normativo dell'im-

³⁴ Secondo l'art. 31, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 199/2021: «l'obiettivo principale della comunità è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari».

prenditore commerciale e, pertanto, «Sussistendo i relativi presupposti, una CER potrà così, ad esempio, essere tenuta a iscriversi nel registro delle imprese (quand'anche costituita in forma di associazione o di fondazione) o essere sottoposta a liquidazione giudiziale»³⁵.

Secondo tale Studio, non sfuggirebbe alla natura imprenditoriale neppure la CER che si limitasse a redistribuire gli incentivi tra i suoi membri e che delegasse a terzi le altre attività economiche. Si legge, infatti, che: «La CER incentivata, sulla base delle attività che può svolgere, quand'anche si limitasse a esercitare la condivisione virtuale di energia elettrica, è perlopiù qualificabile come un imprenditore energetico (eventualmente solo aggregatore di produttori e consumatori energetici), pure nell'ipotesi in cui esternalizzasse molte o tutte le proprie attività economiche»³⁶. Prima di scendere nel merito della questione, se ne evidenzia l'estrema rilevanza in quanto il tema della natura imprenditoriale o meno della CER si intreccia con il profilo - esaminato *supra* - della titolarità degli incentivi in capo alla CER ovvero in capo ai suoi membri, con implicazioni di notevole complessità.

In effetti, se un'impresa riceve aiuti di Stato che poi deve a sua volta distribuire a terzi, sarebbero suscettibili di verifica, ai sensi della normativa sugli aiuti di Stato, sia l'aiuto diretto ricevuto dalla prima impresa sia l'aiuto indiretto ricevuto dalle imprese terze, in quanto - come affermato Comunicazione della Commissione europea (2016/C 262/01) sulla nozione di aiuto di Stato - «il vantaggio può essere conferito a imprese diverse da quelle alle quali le risorse statali sono direttamente trasferite (vantaggio indiretto). Una data misura può anche costituire un vantaggio diretto per l'impresa beneficiaria e un vantaggio indiretto per altre imprese, ad esempio, quelle che operano su livelli successivi di attività»³⁷.

Orbene, nella recente decisione della Commissione europea C(2023) 8086 *final* del 22 novembre 2023 in merito agli incentivi per l'autoconsumo collettivo, non v'è alcun esame della possibilità che vi sia un aiuto di Stato alle CER: è di tutta evidenza che se le CER fossero (quasi) sempre imprese e fossero anche titolari degli incentivi, la decisione della Commissione si por-

³⁵ Si veda Studio 38-2024/I, cit., p. 24.

³⁶ Si veda Studio 38-2024/I, cit., p. 23.

³⁷ In questi termini, vedasi la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, del T.F.U.E. (2016/C 262/01), par. 4.3, p. 26.

rebbe in contrasto con le regole comunitarie in materia di aiuti di Stato. Pertanto, delle due l'una: o le CER sono imprese e allora non potrebbero essere titolari degli aiuti ma solo veicolo di trasferimento degli stessi³⁸, o le CER sono titolari degli incentivi e allora non potrebbero assumere la qualifica imprenditoriale. Ciò esclude, di conseguenza, che le CER siano congiuntamente imprese e titolari degli incentivi, lasciando naturalmente aperte le altre possibilità, ovvero che non siano imprese o che, ove siano tali, non siano titolari degli incentivi.

4.1 – Per poter vagliare la natura imprenditoriale o meno di una CER giova rammentare che la nozione di attività di impresa è una delle più complesse nell'ordinamento italiano ed europeo e ha dato luogo a notevoli controversie in diversi campi del diritto.

Secondo la classica definizione delineata dall'art. 2082 c.c., è considerata impresa qualsiasi attività economica caratterizzata sia da uno specifico scopo, consistente nella produzione o nello scambio di beni o servizi, sia da specifiche modalità di svolgimento, che si concretizzano in organizzazione, economicità e professionalità. Secondo l'opinione largamente prevalente in dottrina, dalla concezione economica dell'imprenditore come soggetto che svolge una funzione intermediaria fra proprietari dei fattori produttivi e consumatori discende che la destinazione allo scambio della produzione e, dunque, la destinazione al mercato sia un requisito essenziale implicito nel carattere professionale dell'attività d'impresa o nella natura economica della stessa o nella funzione di tutela dei terzi contenuta nella disciplina dell'impresa (perciò si nega la qualifica di impresa alla c.d. "impresa per conto proprio" che racchiude le ipotesi nelle quali ciò che viene prodotto è consumato o appropriato dal produttore senza essere trasferito a terzi)³⁹. In ogni caso, su impul-

³⁸ Si veda la nota 179 p. 26 della Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, del T.F.U.E. (2016/C 262/01): «Un'impresa intermedia che agisce come semplice veicolo per trasferire il vantaggio al beneficiario e non conserva alcun vantaggio non dovrebbe di norma essere considerata beneficiaria di aiuti di Stato».

³⁹ In proposito, sostengono, pur con differenti accenti, l'essenzialità del requisito della destinazione al mercato ai fini della qualifica d'impresa: E. DESANA, *La fattispecie impresa nelle sue varianti*, in G. Cottino (a cura di), *Lineamenti di diritto commerciale*, Bologna, 2014, p. 37; F. FERRARA jr. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 2012, p. 21; G. FERRI, *Diritto commerciale*, Torino, 1996, p. 46; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, vol. I, *L'imprenditore. Impresa. Contratti di impresa. Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, 1996, p. 26; G. AULETTA - N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano,

so del diritto della concorrenza UE e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, è invalsa l'adozione di un'interpretazione più ampia e non formalistica del concetto di imprenditore, improntata ad elementi funzionali, operativi ed organizzativi, secondo cui l'impresa «abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico»⁴⁰.

Il criterio dirimente ai fini della qualificazione normativa dell'impresa è, dunque, costituito dal carattere economico dell'attività esercitata. In altri termini, la nozione comunitaria d'impresa si riferisce ad un'entità economica costituita da un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, di talché, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴¹, «costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»: di conseguenza, in assenza di tale elemento non è possibile assumere la qualifica d'impresa.

A conferma e coerentemente, la normativa europea sugli appalti pubblici (Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014), all'art. 2, comma 1, n. 10) definisce «operatore economico»: una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di

1996, p. 16; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, v. I, t. I, Padova, 1993, p. 81; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, p. 62; G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966, p. 87; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 28. Per l'opposta tesi minoritaria che non reputa requisito essenziale dell'attività d'impresa la destinazione al mercato vedansi G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1 Diritto dell'impresa*, Milano, 2022, p. 37; G. OPPO, *Principi*, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, I, Torino, 2001, p. 47; V. AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Milano, 1973, p. 235.

⁴⁰ In questi termini, Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, n. 97/08; Corte di Giustizia, 5 marzo 2003, n. 319/99; Corte di Giustizia, 19 febbraio 2002, n. 309/99; Corte di Giustizia, 11 dicembre 1997, C-55/96; Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, C-41/90; Corte di Giustizia, 16 novembre 1985, C-244/94, tutte in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. Sull'evoluzione della nozione di impresa vedansi, tra i tanti, P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2014, p. 45 ed E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole*, Roma, 2012, p. 85.

⁴¹ In questi termini vedansi, in ordine cronologico, già Corte di Giustizia, 18 giugno 1998, n. 35/96; Corte di Giustizia, 25 ottobre 2001, n. 475/99; Corte di Giustizia, 26 marzo 2009, n. 113/07, tutte in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. Più recentemente, vedansi, *ex multis*, Corte di Giustizia, 18 gennaio 2024, n. 128/21; Corte di Giustizia, 19 ottobre 2023, n. 325/22; Corte di Giustizia, 25 luglio 2018, n. 128/16, tutte in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi». Che la nozione di “operatore economico” racchiuda la nozione di “impresa” si ricava dalla precedente Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, la quale aveva cura di precisare all'art. 1, comma 8, che «Il termine “operatore economico” comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo»⁴². Di conseguenza, è possibile affermare che un soggetto può essere definito impresa esclusivamente se opera offrendo beni o servizi sul mercato.

Tanto premesso, occorre verificare in quali casi una CER, costituita sotto forma di ente non lucrativo, possa acquisire la natura di impresa.

Non v'è dubbio che la direttiva europea abbia inteso le CER prevalentemente come imprese e che, in molti casi, la CER possa assumere la qualifica di imprenditore nel settore elettrico, producendo energia e fornendo servizi sul mercato. *Nulla quaestio*, pertanto, rispetto al riconoscimento della natura d'impresa alla CER che professionalmente si inserisce nel mercato energetico, giacché in questo caso l'attività di produzione, consumo e condivisione dell'energia realizzerebbe un'offerta di beni nel mercato e, perciò, integrerebbe un'attività economica, secondo la menzionata definizione comunitaria⁴³. Tuttavia, la natura imprenditoriale della CER non può assurgere a regola generale di tale ente giuridico, che può anche non svolgere le attività di produzione di energia e fornitura di servizi sul mercato. Invero, non può ritenersi rilevante, al fine di assegnare alla CER sempre la qualifica d'impresa, l'attività di ripartizione degli incentivi effettuata dalla CER nei confronti dei suoi membri.

Anzi, la mera attività di ripartizione e distribuzione di incentivi tra i membri appare decisiva per escludere che la CER assuma la qualifica di impresa, in quanto, qualora si limitasse a tale attività, difetterebbe un'entità

⁴² In proposito, vedansi Cass., 28 ottobre 2019, n. 27577, Cass., 16 luglio 2018, n. 18801; Cass., 25 giugno 2018, n. 16624; tutte in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

⁴³ Com'è stato osservato da L. RUGGIERI, *Comunità energetiche e modelli giuridici: l'importanza di una lettura euro-unitaria*, in *Act. Jur. Iberoamericana*, n. 20, febbraio 2024, p. 1222, «è significativamente fondata sulla natura economica dell'attività di produzione, consumo e condivisione dell'energia che rende la comunità energetica un soggetto che professionalmente si inserisce nel mercato dell'energia favorendone la decentralizzazione e la decarbonizzazione». In questo caso, «la comunità energetica come soggetto giuridico preposto alla produzione, al consumo e alla condivisione di energia prodotta e consumata è “impresa” in quanto entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento».

economica con accesso al mercato, giacché l'attività del soggetto CER si rivolgerebbe unicamente "all'interno", ossia ai propri membri.

Del resto, un consorzio ad attività interna - la cui opera si esaurisce nella regolamentazione dei rapporti tra consorziati, nel controllo sull'esecuzione degli obblighi da essi assunti e nell'irrogazione di eventuali sanzioni - non esplica la sua attività con i terzi e non assume la qualifica d'impresa⁴⁴.

Inoltre, anche la generalmente riconosciuta⁴⁵ natura imprenditoriale di un consorzio ad attività esterna non è scontata⁴⁶, dovendosi considerare in quale fa-

⁴⁴ In tal senso, vedansi, tra i tanti, G. COTTINO - M. SARALE - R. WEIGMANN, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III. *Società di persone e consorzi*, Milano, 2004, p. 525 e A. BORGIOLO, *Consorzi e società consortili*, 1985, p. 432.

⁴⁵ Cass., 16 dicembre 2013, n. 28015, in *CED Cassazione*, 2013, la cui massima recita: «I consorzi con attività esterna, svolgendo attività ausiliaria per conto delle imprese consorziate, costituiscono, nei confronti dei terzi, autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici e di responsabilità e, pertanto, attesa la disciplina specificamente dettata dal codice civile, che attiene al sistema di pubblicità legale relativo alla struttura organizzativa (art. 2612), alla rappresentanza in giudizio (art. 2613), al fondo comune (art. 2614) e, soprattutto, alla responsabilità nei confronti dei terzi (art. 2615), nonché il processo di assimilazione alle società per azioni, evincibile dalla parziale estensione della disciplina di dette società (art. 2615 bis, aggiunto dall'art. 4 della legge 10 maggio 1976, n. 377), partecipano della stessa natura degli imprenditori commerciali consorziati e sono assoggettabili a fallimento ai sensi dell'art. 1 legge fall.». In senso analogo, vedasi, più recentemente, Cass., 10 marzo 2023, n. 7179, in *CED Cassazione*, 2023 e Cass., 29 dicembre 2017, n. 31191, in *DeJure.it*.

⁴⁶ Come osserva in maniera condivisibile E. CUSA, *Il consorzio tra soggettività, responsabilità e tipicità*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, p. 328: "Lo stesso diritto comune permette invece al consorzio (anche quello interno) di essere un imprenditore o di non esserlo" (tale autore cita, tuttavia, quali esempi di consorzio che non assume natura imprenditoriale l'ente che rimanga inattivo oppure che eserciti attività in modo occasionale o esclusivamente liberoprofessionali). Analogamente, M. SARALE in G. COTTINO - M. SARALE - R. WEIGMANN, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III. *Società di persone e consorzi*, cit., p. 437 sostiene che il carattere imprenditoriale dei consorzi ad attività esterna debba essere "accertato in concreto, e non attribuito in modo automatico". Nello stesso senso anche G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990, p. 85; A. DE MARTINI, *L'esercizio di imprese attraverso enti mutualistici ed organizzazioni consortili*, in *Dir. fall.*, 1983, I, p. 159; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *Consorzio con attività esterna e natura di imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 259.

Sull'assunzione del carattere imprenditoriale da parte dei consorzi con attività esterna, vedansi, altresì le riflessioni di G.V. CALIFANO, *La qualità di imprenditore del consorzio*, in F. Preite (a cura di), *Cooperative, consorzi e società consortili. Profili sostanziali, notarili e fiscali*, Vol. II, *Consorzi e società consortili: tipologie e operazioni sul capitale*, Milano, 2019, p. 32; ID., *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi e le società consortili*, Milano, 1999, p. 39; L. DE ANGELIS, *Sulla possibilità, per i consorzi, di utilizzare «in trasparenza» i requisiti delle imprese consorziate per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1378; G. VOLPE PUTZOLU, *I consorzi per il coordi-*

se del ciclo produttivo dei consorziati si inserisca l'attività del consorzio⁴⁷. Pertanto, è dubitabile anche l'imprenditorialità di un consorzio ad attività esterna qualora esso svolga un'attività *lato sensu* ausiliaria degli imprenditori priva del carattere della commercialità, ad esempio la fornitura del servizio di gestione del magazzino in comune. In proposito, è evidente l'analogia con l'attività di mera ripartizione e distribuzione di incentivi effettuata dalla CER nei confronti dei suoi membri che, perciò, non può essere ritenuta di natura imprenditoriale.

In aggiunta, può essere utile riflettere su un'altra tipologia di autoconsumo collettivo previsto dalla Direttiva RED II: l'autoconsumo tra componenti di un condominio (verticale o orizzontale che sia).

In questo caso è indiscutibile che:

i) il condominio (inteso come insieme di proprietari di unità immobiliari compresi rispettivamente nel condominio verticale o orizzontale) tramite il suo amministratore presta il servizio di ripartizione degli incentivi a ciascun condomino, incentivi che non sono un utile ma un risparmio in bolletta;

ii) il condominio deve tendenzialmente raggiungere un equilibrio tra costi di gestione dell'autoconsumo e incentivi;

iii) gli impianti condominiali o dei singoli condòmini⁴⁸ di produzione di energia rinnovabile, per la parte non autoconsumata fisicamente, cedono la

namento della produzione e degli scambi, nel *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, IV, *La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, p. 331.

⁴⁷ Invero, L. DE ANGELIS, *Ancora sullo scopo e sulla disciplina delle società consortili*, in *Le Società*, 2018, p. 32, nota 31, osserva acutamente che «l'imprenditorialità dei consorzi, oltre a dipendere dal tipo di fase dell'attività dei consorziati disciplinata o direttamente esercitata in loro vece e per loro conto, nonché nel loro interesse, potrebbe anche risiedere in un'attività *lato sensu* ausiliaria da questi posta in essere a vantaggio dei consorziati medesimi». Contra, l'orientamento giurisprudenziale riassunto da Cass., 29 dicembre 2017, n. 31191, in *DeJure.it*, secondo il quale: «Nessun rilievo può assumere, in contrario, la circostanza che la predetta attività fosse svolta a beneficio esclusivo dei consorziati e senza scopo di lucro, dal momento che, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, tale scopo costituisce esclusivamente il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la propria attività, e non può dunque considerarsi requisito essenziale per il riconoscimento della qualità d'imprenditore commerciale, ai fini della quale risulta invece sufficiente un'obiettivo economica dell'attività esercitata, da intendersi come proporzionalità tra i costi e i ricavi (cfr. Cass., Sez. 6, 12/07/2016, n. 14250; Cass., Sez. 1, 24/03/2014, n. 6835; Cass., Sez. 3, 19/06/2008, n. 16612)».

⁴⁸ I singoli condòmini possono essere titolari in via esclusiva di impianti di produzione di energia elettrica rinnovabile non solo nel caso dei condòmini orizzontali ma anche nel caso di condominii verticali (si veda l'art. 1122-*bis*, comma 2, c.c., che costituisce una specificazione del più generale concetto d'uso delle cose comuni di cui all'art. 1102 c.c.).

relativa energia elettrica alla rete;

iv) l'adesione dei condòmini può essere parziale, ben potendo aderire solo alcuni di essi.

Astrattamente si potrebbe sostenere che in tutti i condomìni si creano delle società di fatto tra i condòmini che costituiscono un gruppo di autoconsumo, finalizzate a gestire l'impresa di autoconsumo collettivo; tuttavia, pare evidente che si sia, in realtà, in presenza della mera condivisione della rispettiva capacità di produzione e di consumo riferita ai soli proprietari di unità immobiliari ricompresi nei condomìni. Pertanto, l'attività volta a determinare un risparmio di spesa rientra nell'ambito della gestione immobiliare delle singole proprietà, correlate all'esistenza del condominio verticale o orizzontale. In altri termini, gli autoconsumatori del condominio non intendono organizzare un'impresa elettrica, ma vogliono solo condividere produzione e consumi, al fine di ridurre una spesa nel godimento del proprio immobile.

È possibile interrogarsi se tale conclusione sia o meno traslabile anche alle CER. In effetti, esse svolgono la medesima attività dei condomìni ma estesa a persone proprietarie o detentori di immobili con relativi POD all'interno di una più ampia, ma pur sempre determinata, area locale (definita dalla cabina primaria), perseguendo tuttavia il medesimo fine di mettere in comune energia elettrica prodotta e consumata, così da consentire una riduzione dei costi in bolletta. Si sottolinea ancora una volta la rilevanza dell'assenza di elemento finalistico-funzionale che connota l'impresa, atteso che nella CER manca la volontà di compiere un'attività di impresa sul mercato, perseguendo solo l'obiettivo di condividere energia su base locale.

L'equilibrio economico che sta alla base delle CER di mera ripartizione di incentivi non appare, dunque, diverso da quello dei condomìni: i costi devono essere coperti dalle entrate e l'avanzo redistribuito va a ridurre una spesa relativa al consumo di energia elettrica di pertinenza di un immobile. Non sfugge che gruppi di autoconsumo e CER differiscono in quanto, nel caso degli autoconsumatori collettivi, questi sono legati dalla contiguità propria dei condomìni verticali e orizzontali, mentre nel caso della CER dalla contiguità propria dell'area della cabina primaria.

Pertanto, al fine che ci occupa, la CER può essere considerata alla stregua di una forma territorialmente "allargata" di condomino orizzontale e la relativa attività rivolta alla condivisione dell'energia prodotta e consumata dagli

edifici con POD ricompresi nella CER potrebbe essere ricondotta alla medesima tipologia dell'attività di un condominio orizzontale: pertanto, si tratterebbe non già di un'attività di impresa ma di mera condivisione di energia prodotta e consumata dai rispettivi edifici al fine di ridurre una spesa delle rispettive proprietà immobiliari ⁴⁹.

4.2 – Anche qualora si ammettesse che l'attività di ripartizione degli incentivi possa configurare un'attività economica, non si giungerebbe per ciò solo a qualificare la CER sempre e comunque come un'impresa, dovendosi procedere ad un'analisi *in casibus*, in modo da verificare se tale soggetto svolga esclusivamente e prevalentemente la ricezione e la distribuzione degli incentivi, demandando la produzione a produttori interni o esterni alla CER (modello chiaramente ammesso dalla Regole Operative) o operando nel settore della produzione in modo residuale e minimale.

Si pensi ai seguenti possibili assetti:

i) La CER che destina tutti gli incentivi a finalità benefiche.

Qualora una CER sia costituita in forma di associazione (riconosciuta o non) e, grazie alla generosità dei propri membri consumatori e produttori, destini tutti gli incentivi a finalità benefiche, apparirebbe arduo sostenere che essa svolga un'attività economica, mancando anche qualsiasi attività di ripartizione dei contributi.

ii) La CER che destina ai propri membri una quota minoritaria degli incentivi.

Nella differente fattispecie in cui la CER in forma di associazione o fondazione, grazie alla generosità di consumatori e produttori, destini la prevalenza degli incentivi a finalità benefiche e distribuisca ai propri membri una quota

⁴⁹ Volendo assumere la prospettiva di una CER costituita sotto forma di associazione giova ricordare che le associazioni, nell'ambito della loro attività, possono rimborsare le spese effettuate dagli associati nell'interesse dell'associazione (per i limiti di ammissibilità di tali rimborsi si veda Corte di Cassazione, 23 novembre 2015, n. 23890, in *DeJure.it*). Nella materia oggetto della presente indagine, valga, pertanto, osservare che la spesa di bolletta del cliente finale che consuma energia elettrica risponde ad un bisogno primario del cliente finale medesimo, ma per le modalità e i tempi in cui viene effettuata (in modo sincrono con la produzione dell'energia elettrica degli impianti nella disponibilità delle CER) risponde anche ad un interesse della CER medesima, in quanto consente di sostenere e promuovere le sue finalità sociali ed ambientali. La restituzione parziale del costo della bolletta (grazie agli incentivi) può configurarsi, in sostanza, come un rimborso di una spesa fatta anche nell'interesse dell'associazione stessa.

minoritaria degli stessi, secondo l'orientamento pacifico⁵⁰, acquisirà la natura d'impresa, alternativamente secondo la portata dell'art. 2082 c.c. ovvero dell'art. 2201 c.c., solo qualora l'attività economica esercitata dall'ente diventi esclusiva o, quantomeno, prevalente, con la conseguente applicazione delle regole dello statuto dell'imprenditore (generale e speciale) e, in particolare, di quelle relative all'assoggettabilità degli enti stessi alle procedure concorsuali.

In proposito, appare superato l'orientamento oramai desueto che negava agli enti del Libro I del codice civile la possibilità di accedere alla qualifica di imprenditori commerciali. Invero, non si ravvisano norme che negano l'esercitabilità di un'impresa commerciale da parte di associazioni o fondazioni, di talché, in mancanza di limiti statutari, esse sono libere di esercitare qualsiasi attività idonea al conseguimento degli scopi loro permessi. Del resto, in forza del principio della neutralità delle forme, secondo il quale l'ordinamento è normalmente indifferente rispetto alle forme che i soggetti che in esso operano scelgono per raggiungere un risultato lecito, si ricava che la società non può essere l'unica forma per l'esercizio di un'impresa collettiva privata⁵¹.

È, infatti, noto che per una persona fisica la prevalenza dell'attività imprenditoriale non è un requisito per acquisire la qualità di imprenditore, mentre lo è per gli enti pubblici in forza del disposto dell'art. 2201 c.c., secondo il quale «Gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale sono soggetti all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese». In forza dell'unitarietà del concetto d'imprenditore, che sarebbe insofferente a qualsiasi differenziazione a seconda che l'imprenditore sia pubblico o privato,

⁵⁰ A. NIGRO, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, in *Riv. Società*, 2020, 1597; A. CETRA, *Enti del terzo settore e attività di impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, p. 689; ID., *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, p. 68; V. MONTANI, in G. Ponzanelli (a cura di) *Le associazioni non riconosciute. Artt. 36-42*, in *Il codice civile. Commentario P. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 135; M. MOZZARELLI, *Impresa collettiva non societaria e procedure concorsuali*, in G. Palmieri (a cura di), *Temi del nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, p. 150; G. F. CAMPOBASSO, *Associazioni e attività d'impresa* in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 589; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 1. L'applicabilità agli enti associativi dell'art. 2201 cod. civ. è stata sostenuta inizialmente da W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, p. 86; e successivamente da S. GATTI, *L'impresa collettiva non societaria e la sua disciplina fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 88; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, Libro I, Delle persone e della famiglia, Zanichelli-Foro it.*, 1976, p. 100; G. RAGUSA MAGGIORE, *Associazione non riconosciuta e fallimento*, in *Dir. fall.*, I, 1960, p. 244.

⁵¹ Vedasi R. COSTI, *Fondazione ed impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 13.

il disposto scolpito dall'art. 2201 c.c. viene ritenuto espressione di una norma generale e, quindi, esteso anche a fondazioni e associazioni, alle quali non competerà la qualifica di imprenditori qualora svolgano attività imprenditoriale accessoria e strumentale rispetto alle finalità istituzionali dell'ente⁵². Pertanto, secondo tale orientamento, sarebbe da escludere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale a tutti gli enti collettivi non societari che esercitino un'attività commerciale in via puramente accessoria.

Occorre, tuttavia, verificare cosa deve intendersi con l'espressione "esclusiva o principale", riferita all'attività svolta dalla fondazione ai fini dell'attribuzione della qualifica di imprenditore commerciale. Sul punto, si ritiene di dover dare continuità all'autorevole orientamento⁵³ in forza del quale l'attività dovrebbe considerarsi esclusiva o prevalente in senso qualitativo e non quantitativo, ossia soltanto qualora sia idonea a realizzare direttamente, in tutto o in parte, le finalità dell'ente. Pertanto, l'attività economica sarà accessoria sia quando essa è affiancata da altre attività di natura non economica in posizione prevalente dal punto di vista qualitativo, sia quando essa è strumentale rispetto all'attività non economica che costituisce l'oggetto principale dell'ente del Libro I del codice civile.

Di conseguenza, la CER che distribuisca solo una parte minoritaria degli incentivi ai membri e destini alle sue attività la maggioranza, non potrà essere definita impresa in quanto l'attività di distribuzione, anche ove fosse considerata una attività di servizio, non sarebbe prevalente.

iii) La CER che distribuisce ai propri membri la maggioranza degli incentivi.

⁵² Secondo Cass., 29 ottobre 1998, n. 10826, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, 644: «(sott. le fondazioni) assumono quindi la qualità di imprenditori commerciali, con conseguente applicazione del relativo statuto, della L. n. 300 del 1970 e della legge fallimentare, quando la gestione dell'impresa esaurisca l'attività dell'ente, e anche quando l'attività economica non sia prevalente rispetto alle altre attività esercitate, ma svolta professionalmente con complessa organizzazione di beni e personale». In giurisprudenza, la tesi che poggia sull'applicazione analogica dell'art. 2201 c.c., riconoscendo valenza, affinché si attribuisca la qualifica di imprenditore commerciale, non già al mero svolgimento di una delle attività elencate nell'art. 2195 c.c., ma alla loro natura esclusiva o principale rispetto all'attività dell'ente complessivamente considerata. vedansi Cass., 18 settembre 1993, n. 9589, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 436; Cass., 17 gennaio 1983, n. 341, in *Arch. civ.*, 1983, p. 722; Cass., 9 novembre 1979, n. 5770, in *Foro it.*, 1980, I, c. 358.

⁵³ In proposito, sono sempre attuali le considerazioni di F. GALGANO, *Il fallimento delle società. Gli aspetti sostanziali*, in *Trattato di diritto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, X, p. 137.

Occorre ancora confrontarsi con una terza e ultima fattispecie: una CER in forma di associazione che, grazie alla generosità dei consumatori e produttori, destini una parte significativa degli incentivi a finalità benefiche, ma ciò nonostante distribuisca ai propri membri la maggioranza degli stessi. In questa ipotesi l'attività stessa della CER potrebbe rientrare nell'obiettivo di fornire benefici sociali ai suoi membri e, dunque, la gestione stessa della CER rappresenterebbe di per sé lo scopo sociale ed economico indicato dall'art. 31, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 199/2021.

In questo quadro, la mera attività di promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili attraverso la ripartizione degli incentivi, rivolta ai suoi membri, costituirà l'attività istituzionale propria della CER⁵⁴, anche se a fronte di essa la CER trattiene una parte degli incentivi a copertura delle spese e delle sue finalità. In ogni caso, gli incentivi lasciati alla CER sarebbero qualificati come contributi per le sue finalità istituzionali e non quali corrispettivi per specifiche prestazioni differenziate tra i diversi membri.

Ai fini fiscali, parrebbe potersi ritenere che la mera attività di ripartizione degli incentivi ricada comunque nell'ambito della c.d. "decommercializzazione" di cui all'art. 148, comma 1, T.U.I.R.⁵⁵ e dell'art. 79 del Codice del Terzo Settore⁵⁶: in sostanza, l'attività di mera ripartizione degli incentivi potrebbe essere considerata un'attività istituzionale della CER svolta nei confronti della generalità dei membri e gli incentivi che vengono attribuiti dai membri all'ente si configurano come contributi per il perseguimento delle sue attività istituzionali⁵⁷.

⁵⁴ Non a caso le attività ulteriori indicate alla lettera f) comma 2 dell'art. 31 del d.lgs. n. 199/2021 sono possibili attività aggiuntive.

⁵⁵ Secondo tale norma «Non è considerata commerciale l'attività svolta nei confronti degli associati o partecipanti, in conformità alle finalità istituzionali, dalle associazioni, dai consorzi e dagli altri enti non commerciali di tipo associativo. Le somme versate dagli associati o partecipanti a titolo di quote o contributi associativi non concorrono a formare il reddito complessivo».

⁵⁶ In ragione della quale «Le attività di interesse generale di cui all'articolo 5, ivi incluse quelle accreditate o contrattualizzate o convenzionate con le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'Unione europea, amministrazioni pubbliche straniere o altri organismi pubblici di diritto internazionale, si considerano di natura non commerciale quando sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi, tenuto anche conto degli apporti economici degli enti di cui sopra e salvo eventuali importi di partecipazione alla spesa previsti dall'ordinamento».

⁵⁷ In proposito, valga evidenziare quanto affermato da L. SALVINI, in *Profili fiscali delle Comunità*

A tutto ciò si deve aggiungere che secondo l'art. 119, comma 16-*bis*, del d.l. n. 34/2020 convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020 n. 77 «L'esercizio di impianti fino a 200 kW da parte di comunità energetiche rinnovabili costituite in forma di enti non commerciali o da parte di condomini che aderiscono alle configurazioni di cui all'art. 42-*bis* del d.l. n. 162/2019, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, non costituisce svolgimento di attività commerciale abituale». Si tratta di comprendere se tale disciplina sia da considerarsi come applicabile o meno anche alla CER non più regulate dall'art. 42-*bis* del d.l. n. 162/2019. In ogni caso, giova evidenziare che, qualora fosse applicabile, l'area di decommercializzazione dovrebbe estendersi anche (almeno parzialmente) all'attività diretta di produzione di energia elettrica da parte delle CER.

Come ovvio, le ultime considerazioni relative a questo terzo caso hanno una valenza solo fiscale e non escludono che la CER possa essere considerata ad altri fini un'impresa (ad esempio, per l'applicazione della disciplina del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), adottandosi la definizione ormai pacifica in giurisprudenza e ancora recentemente ribadita dalla Corte di Cassazione, la quale ha osservato che: «da tempo la giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, Cass. n. 29245/2021) rileva come lo scopo di lucro (cd. lucro soggettivo) non sia più - in netta discontinuità ideologica con il codice di commercio - un elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, sussistendo attività di impresa tutte le volte in cui vi sia una obiettiva economicità della gestione, intesa come proporzionalità tra costi e ricavi (cd. lucro oggettivo), che si traduce nell'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi (Cass. n. 22955/2020, n. 20815/2006), o anche nella tendenziale idoneità dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio (Cass. n. 42/2018) e deve essere escluso solo qualora l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito (Cass. Sez. U, n. 3353/1994; Cass. n. 22955/2020, n. 14250/2016, n. 16435/2003), senza che rilevi, invece, il fine altruistico in ipo-

Energetiche Rinnovabili, cit., p. 212, secondo la quale «Se questo è - come sembra - vero, ne consegue che l'attività che l'associazione CER svolge è un'attività di servizio nei confronti dei soci consistente nel "condurre" i rapporti con il GSE, non specificamente remunerata dai soci stessi (i quali sono di norma chiamati a corrispondere i soli contributi associativi). Si tratta dunque di una attività non commerciale secondo la definizione data dall'art. 148 cit. E ne consegue ancora che laddove la CER "trasferisca" ai soci i contributi erogati dal GSE, essa stia svolgendo la sua attività istituzionale che certamente non ha rilevanza al fine di qualificare la CER come ente commerciale.

tesi perseguito (Cass. n. 17399/2011, n. 16612/2008, n. 9589/1993), poiché esso, inteso come destinazione dei proventi ad iniziative connesse con gli scopi istituzionali dell'ente, non pregiudica l'imprenditorialità dei servizi resi, restando giuridicamente irrilevante, al pari dello scopo di lucro soggettivo e di qualsiasi altro movente che induca l'imprenditore ad esercitare la sua attività (Cass. n. 6835/2014, n. 17399/2011, n. 16612/2008)»⁵⁸.

5. – All'esito di tali riflessioni, emerge come l'interpretazione dell'affastellato quadro giuridico di riferimento che regola le comunità energetiche, espressione del principio di *public participation*, deve essere funzionale a consentire una maggiore valorizzazione di tale istituto, in modo da esaltarlo come strumento di produzione di rilevanti impatti sociali, ambientali ed economici, nel solco del tessuto valoriale tracciato dalla Costituzione con i principi di solidarietà e collaborazione civica di cui all'art. 2 Cost. e di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost.⁵⁹, che trovano declinazione in campo economico nell'art. 43 Cost., nonché di tutela dell'ambiente di cui agli artt. 9 e 41 Cost.⁶⁰.

In tale ottica e alla luce del mosaico sovranazionale che ne compone la disciplina, deve pertanto concludersi che:

i) ai fini di identificare le P.M.I. che possono essere membri di una CER si deve fare riferimento solo alla nozione dell'art. 2 dell'Allegato alla Raccomandazione della Commissione 6 maggio 2003 n. 2003/361/CE, riferita all'impresa singola; pertanto, non assumono rilievo i collegamenti con altre imprese (quindi non bisogna procedere all'aggregazione dei relativi dati) o con partecipazioni di natura pubblica (che, ove eccedenti il 25% escluderebbero la natura di P.M.I. indipendentemente dalle dimensioni effettive);

⁵⁸ In questi termini, Cass., 10 febbraio 2022, n. 4418, in *Il Fall.*, 2022, 6, p. 849.

⁵⁹ Vedansi in proposito le acute riflessioni di E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., 71; R. MICCÙ - M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 2022, 4. Sul punto la Corte costituzionale ha, in più sentenze, declinato il principio della collaborazione civica nell'argomento della "comunanza di interessi": vedansi le decisioni nn. 23/1968, 112/1975, 40/1982, 423/1988, 1887/1991, 174/2012, 285/2012, 223/2015.

⁶⁰ Sul fondamento costituzionale delle CER, vedansi le considerazioni di F. SANCHINI, *Le comunità energetiche rinnovabili tra fondamento costituzionale e riparto di competenze legislative Stato-Regioni. Riflessioni alla luce della sentenza n. 48 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 8/2024, p. 152.

ii) i beneficiari degli incentivi sono i membri delle CER e non le CER, che sono solo i collettori e distributori degli incentivi;

iii) la CER non assume necessariamente la qualifica d'impresa.

A margine delle notazioni critiche esposte e considerati i profili problematici dell'istituto in esame, non si può trascurare l'auspicio che si affermi il descritto orientamento che, alla luce delle precedenti riflessioni, appare maggiormente condivisibile e funzionale allo sviluppo e alla fortuna dell'istituto delle comunità energetiche rinnovabili. Solo così sarà possibile muovere le leve economiche in grado di indirizzare i comportamenti dei vari attori del mercato, favorendo una diretta assunzione di responsabilità da parte dei cittadini in attività d'interesse generale⁶¹, sì da realizzare una sorta di "terza via" tra l'accentramento statale delle funzioni e la liberalizzazione della produzione e dello scambio di energia.

Non si tratta, evidentemente, di offrire risposta a problematiche di carattere meramente teorico, posto che dall'adesione o meno a un'opzione ricostruttiva in relazione ai tre profili esaminati discendono significative ricadute pratiche e operative.

Invero, l'adozione di una nozione troppo limitata di P.M.I., restringerebbe le possibilità di partecipazione alle CER, giacché precluderebbe, in particolare, l'intervento delle piccole società pubbliche operanti sul territorio, frustrando così l'auspicato avvicinamento tra amministrazioni locali e società civile, in un'ottica di complementarità rispetto ai tradizionali operatori privati. Inoltre, l'attribuzione degli incentivi alle CER e non ai membri (e quindi l'esclusione della ricostruzione del rapporto come forma di mandato) e l'attribuzione alla CER di una natura imprenditoriale avrebbero effetti fiscali potenzialmente rilevanti.

Infine, e più in generale, occorre confrontarsi con l'istituto delle CER interpretando la sua regolamentazione *magis ut valeat*⁶², ossia al meglio delle sue capacità espansive, senza, pertanto, imbrigliare un fenomeno innegabilmente articolato attraverso forzature teoriche che avrebbero quale riverbero

⁶¹ Non a caso le comunità energetiche sono salutate con favore quali «iniziative spontanee frutto dell'attivismo locale della società civile» da T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, Padova, 2020, p. 118.

⁶² Si tratta, com'è noto di un principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, Iul. l. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5).

pratico quello di rendere più difficile l'accostamento dei cittadini a quelle forme di CER (associazioni di mera ripartizione degli incentivi) più semplici e più vicine alle esigenze del territorio, vanificando la cifra dell'attuale transizione energetica, che vede il rapporto Stato-mercato sostituito da un più virtuoso equilibrio tra Stato, mercato e comunità.

Abstract

Il presente saggio si propone di affrontare alcuni nodi applicativi, finora rimasti sullo sfondo, sorti dalla significativa stratificazione normativa e da un quadro giuridico multilivello, calando nella pratica le problematiche poste in evidenza dalla sempre più articolata attività legislativa in materia di energia. In particolare, gli autori fanno chiarezza sulla nozione di piccola e media impresa al fine della sua individuazione quale possibile membro della CER, sul rapporto tra i singoli membri e il soggetto giuridico CER in relazione alla titolarità degli incentivi, e, in ultimo, sulla natura imprenditoriale della stessa CER.

This essay aims to address some application issues, which have remained on the background until now, arising from the significant regulatory stratification and a multi-level legal framework, by putting into practice the problems highlighted by the increasingly articulated legislative activity in the field of energy. More specifically, the authors try to shed light on the notion of small and medium-sized enterprises in order to identify them as possible members of the REC, on the relationship between individual members and the REC legal entity in relation to the ownership of incentives, and, finally, on the entrepreneurial nature of the REC itself.