

Quale forma giuridica e quale forma contrattuale? I nodi irrisolti

Avv. Federico Chiopris – 20 dicembre 2022



Quadro giuridico di riferimento



Un'energia (cioè un bene di interesse generale) **prodotta in una comunità** (intesa come territorio), **da una comunità** (intesa come ente produttore governato da una comunità), **per una comunità** (intesa come insieme di persone fisiche stabilmente legate a un territorio, eventualmente tramite enti costituiti da loro stesse)

- *“... forme di **cooperazione tra cittadini o attori locali**”*
- *“Dovrebbe pertanto essere possibile per gli Stati membri prevedere che le comunità energetiche dei cittadini possano essere **costituite in forma di qualsiasi soggetto giuridico, per esempio di associazione, cooperativa, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro o piccole o medie imprese, purché tale soggetto possa esercitare diritti ed essere soggetto a obblighi in nome proprio**”*

Le discipline finora introdotte prevedono che i clienti finali associati alla CER **“regolino i rapporti tramite un contratto di diritto privato, che tenga conto di quanto riportato nei precedenti alinea, e che individui univocamente un soggetto delegato, responsabile del riparto dell'energia elettrica condivisa”**.

A tale soggetto delegato i clienti finali potranno, inoltre, demandare la **gestione delle partite di pagamento e di incasso** verso i venditori e il GSE.

Il Legislatore e il Regolatore hanno dunque deciso di lasciare alla **totale disponibilità delle parti la decisione circa la forma giuridica più idonea da adottare nella costituzione di una CER.**

Soggettività giuridica

- CER soggetto **distinto** dai partecipanti: come prescrive l'incipit degli artt. 2, punto 16), direttiva 2018/2001/UE che parla di *“soggetto giuridico”*, dunque distinto rispetto ai suoi singoli *partecipanti*

Scopo

- *“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”* (art. 31 D.Lgs. 199);
- deve **perseguire uno scopo mutualistico** in favore dei propri membri ovvero, in aggiunta o in alternativa, **uno scopo altruistico** in favore del territorio/popolazione;
- **non** può avere come obiettivo principale il perseguimento dello **scopo di lucro, ma solo un'accessoria finalità lucrativa.**

Capisaldi nella configurazione delle CER (2/2)

Requisiti soggettivi

- “*gli azionisti o membri sono persone fisiche, piccole e medie imprese, enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali (...)*” (art. 42-bis, co. 3, lett. b, del D. Lgs. 162/2019); **vs.**
- “*la comunità è un soggetto di diritto autonomo e l’esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale (...)*” in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di cui al comma 2, lettera a)” (art. 31, comma 1 lett. b) del D.Lgs. 199/2021)

Modello aperto

- La **Direttiva 2018** prevedeva già che la partecipazione alla CER dovesse essere “aperta e volontaria” (art. 2, co. 16).
- riconfermato nel **D.Lgs. 199/2021**, che prevede che “*la partecipazione alle comunità energetiche rinnovabili è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, fermo restando che l’esercizio dei poteri di controllo è detenuto dai soggetti aventi le caratteristiche di cui alla lettera b)*” -> **attenzione agli atti costitutivi**

Recesso

- Il **D.Lgs. 199/2021 (art. 32, co-1 lett. b))** prevede che: “*i membri della CER possono recedere in ogni momento, fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati*”

Capisaldi nella configurazione delle CER

Natura imprenditoriale

- Le comunità energetiche sono per certi versi qualificabili come imprenditori energetici (es. art. 31, comma 2, lett. f) d.lgs. 199/2021).
- La loro organizzazione aziendale dovrà pertanto essere concepita in modo da garantire almeno l'economicità delle loro attività o, detto diversamente, la qualificazione di almeno una delle loro attività come impresa secondo il diritto dell'Unione europea.

Modello «altruistico»

- Le comunità devono offrire a chiunque la loro produzione di beni o servizi (i.e. l'energia).
- Ciò non significa però che le comunità siano costrette a trattare, nello scambio commerciale, i membri della comunità energetica allo stesso modo degli altri contraenti.

Enti pubblici

- La partecipazione degli enti pubblici è da valutare con molta attenzione.
- L'ingresso di pubbliche autorità locali (come «le amministrazioni comunali») nelle comunità energetiche è espressamente consentito se non, come vedremo, promosso.
- Volta a rendere più efficace l'azione collettiva dei consumatori domestici in una logica di sussidiarietà orizzontale

Possibili forme giuridiche delle CER

Quali forme giuridiche conosciute nell'ordinamento giuridico italiano sono accostabili alle CER?

il legislatore nazionale non ha introdotto la qualifica imprenditoriale di CER, da attribuire a modelli societari comuni.

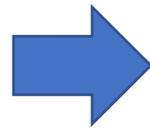
Per quanto riguarda le persone fisiche o giuridiche private i regimi giuridici che risultano compatibili possono essere quelli rientranti in alcuni modelli contrattuali

Tale forma societaria consente:

- sia **l'ingresso che l'uscita dei membri** della comunità,
- il perseguimento di uno **scopo altruistico**
- un **metodo democratico attraverso il voto capitario**.

Sembra rappresentare il modello più diffuso nei progetti sviluppati finora.

- diverse forme consentite dal **Codice del Terzo Settore**:
- «Attività di **interesse generale** in forma di azione volontaria (...) o di **mutualità** o di produzione o scambio di beni o servizi».
- persegue "interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle **condizioni dell'ambiente** e all'utilizzazione accorta e **razionale delle risorse naturali**".
- Non può essere controllata da amministrazioni pubbliche o da società con scopo di lucro



Tale forma societaria:

- non presuppone la necessità di perseguire lo **scopo lucrativo**;
- può avere come soci persone fisiche, enti di diritto pubblico o privato, consumatori e imprenditori;
- permette regola del **voto capitario**, con il rispetto quindi del principio democratico.



Forme giuridiche incompatibili con le CER

I modelli di enti che invece appaiono incompatibili con le CER sono senz'altro:



*Contratto di rete
(DL n. 5/2009)*

*Consorzio
(Artt. 2612 cc.)*

*Società consortile in
forma di società
lucrativa (art. 2615-ter
c.c.)*

Sono incompatibili in quanto i membri della CER possono (e per certi versi devono) **essere anche cittadini persone fisiche** mentre questi due contratti impongono ai contraenti di **rivestire la qualifica civilistica di imprenditore o di professionista**



E le società con scopo di lucro?



La Dottrina
e le società benefit



Contrasto



Considerazioni



Conclusioni

- Accanto alle finalità proprie lucrative e di divisione degli utili, **affiancano finalità sociali, destinando a tali scopi una parte degli utili;**
- Amministrate in modo da **bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie di beni sociali protetti** dalla norma;
- **individua il soggetto** per il perseguimento delle suddette finalità.

La CER costituita in forma di Srl troverebbe nella disciplina delle società benefit un riferimento, forse anche una legittimazione, che **sembrerebbe a priori esclusa dal fatto che la S.r.l., per sua natura, deve perseguire uno scopo di lucro e non può limitarsi a perseguire benefici ambientali, economici o sociali.**

Tale forma giuridica pare però **meno aderente al modello di CER voluto dal legislatore europeo.**

Il rapporto tra attività a fini di lucro e attività “altre” è **sbilanciato** a favore delle prime.

Le CER possono avere una secondaria finalità di conseguire utili, anche e soprattutto per rientrare degli **investimenti** effettuati, ma in ogni caso lo **scopo** principale deve essere quello del perseguimento dei **benefici ai membri e al territorio** di riferimento della comunità.

Fattori da considerare per individuare il modello

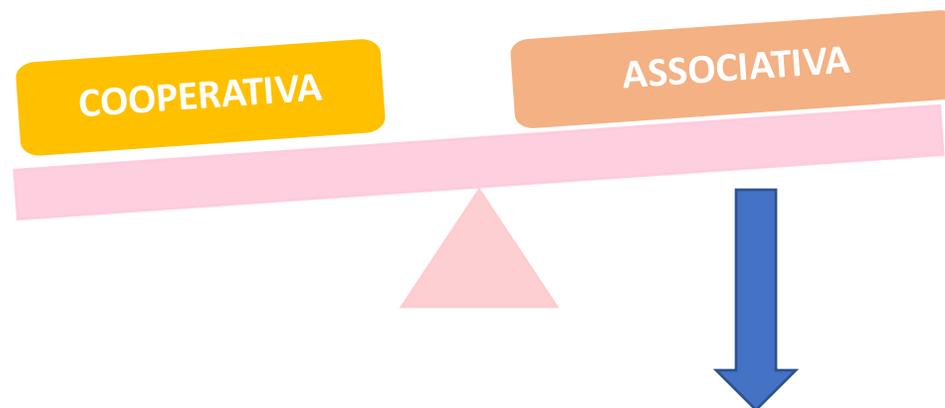
- **Possibilità di creare un modello “aperto”**. A tal fine occorre premettere che l’ordinamento non conosce modelli totalmente “aperti”. Ciò dovrà essere dunque garantito attraverso **particolari clausole** inserite nel contratto costitutivo di una cooperativa o di un’associazione, di una fondazione o di una società (in forma) lucrativa.
- Il tutto dovrà **coniugarsi con la disciplina di ingresso di nuovi soci o associati prevista per il tipo sociale prescelto**, che in generale appare maggiormente macchinosa con riguardo alle società lucrative (che presuppone una previa delibera di aumento del capitale) rispetto alle società mutualistiche, quali le cooperative (che sono società a capitale variabile, nel senso che il capitale sociale **non è determinato in un ammontare definito**, ma è appunto variabile, in modo da consentire il libero ingresso e la libera uscita dei soci) o, soprattutto rispetto alle associazioni.
- Il **profilo dell’apertura**: carattere **fondante** della CER stessa, per come ideata dal Legislatore. Certamente, appare logico consentire la modulazione dell’apertura della comunità energetica in funzione dell’attività svolta dalla stessa (es. una CER che ha già esaurito il «contingente» di autoconsumo).
- **Possibilità di recesso**, che tuttavia, dal momento che potrebbe comunque avere ripercussioni negative, venendo a mancare un apporto di capitale, potrà prevedere ad es. delle **penali** da corrispondere alla CER («equo e proporzionato», cfr. art. 32.1.b d.lgs 199/2021).

Fattori da considerare per individuare il modello

- Rapporti che la CER dovrà necessariamente instaurare con Arera e GSE. Indipendentemente dalla proprietà dell'impianto, nei confronti del GSE **sarà la CER, intesa come soggetto di diritto autonomo, ad essere l'unica titolare di diritti e obblighi**. Con l'ovvia conseguenza che, a fronte del fatto che sarà la CER a percepire gli incentivi, sarà la stessa CER a dovere restituire, in caso di controlli svolti dal GSE nel tempo, gli stessi incentivi. Il che comporta:
 - Il modello giuridico prescelto dovrà considerare anche l'evenienza negativa -> è preferibile una forma che preveda l'autonomia patrimoniale perfetta
 - L'architettura contrattuale dovrà prevedere (1) adeguate verifiche sotto i profili autorizzativi-regolatori degli impianti prima dell'ingresso nella CER (2) clausole di salvaguardia degli altri soci/membri in caso di evenienze negative.
- *Last but not least*: cfr. Documento per la consultazione 390/2022/R/EEL, capitolo 5, punto 5.5: diritti dei clienti finali, forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie e relative procedure da definirsi **entro la fine del 2023**.

Le forme al momento maggiormente rispondenti sembrano dunque essere sul fronte societario:

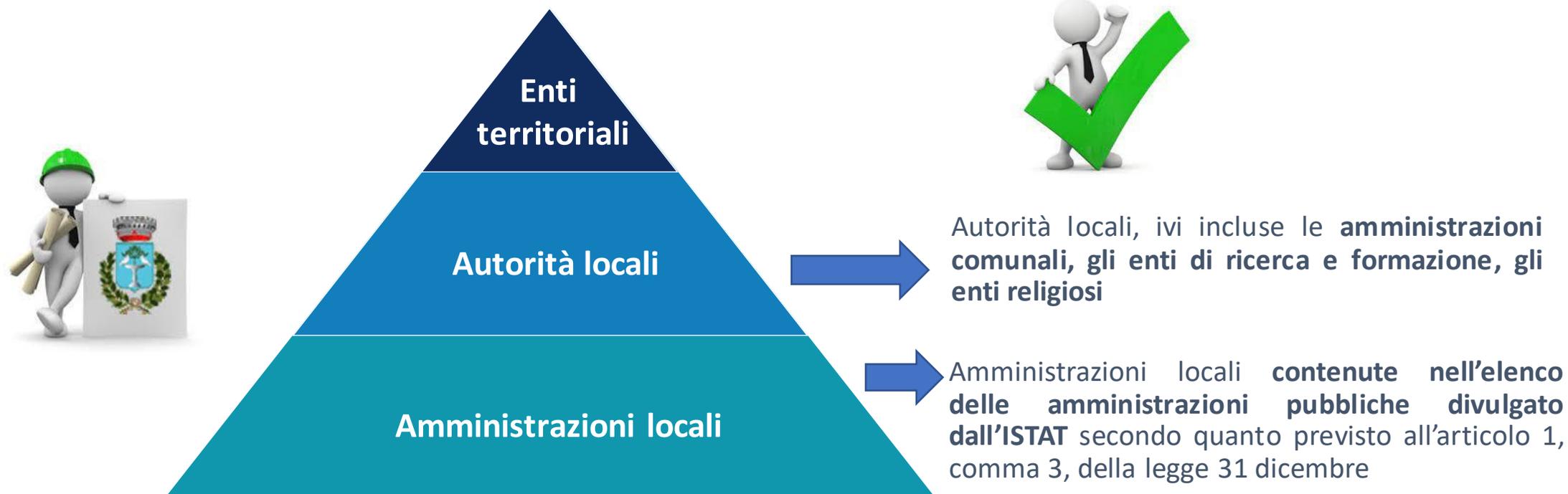
- **cooperativa**: risponde alle esigenze della finalità mutualistica e di lucro solo eventuale e di facilità dell'applicazione del meccanismo della partecipazione aperta;
- **associativa**, che infatti pare costituire la forma maggiormente diffusa nei primi progetti presentati.



La disciplina civilistica delle associazioni e delle fondazioni è stata infatti concepita per organizzazioni esercenti normalmente attività non economiche, mentre la comunità energetica deve essere – di fatto – un imprenditore.

Una comunità energetica in forma associativa o fondazionale rischia di essere governata da regole incapaci di tutelare in modo adeguato i diversi interessi coinvolti nell'esercizio delle proprie attività economiche e, in particolare, gli interessi dei propri creditori.

Il D.Lgs. 199/2021, all'art. 31, specifica meglio le tipologie di soggetti pubblici che possono partecipare a una CER.
In particolare:



Grazie per l'attenzione!

federico.chiopris@fieldfisher.com

Milano

Via della Moscova, 3
20121 Milano
Tel +39 02.80673.1
Fax +39 02.89010836

Bologna

Viale A. Silvani, 6
40122 Bologna
Tel +39 051.99711
Fax +39 051.9971333

Venezia

Parco Scientifico Tecnologico Vega
Edificio Lybra
Via delle Industrie, 19
30175 Venezia Marghera (VE)
Tel +39 041.290571.1
Fax +39 041.2905770

Roma

Via Barberini, 47
00187 Roma
Tel +39 06.697757.1
Fax +39 06.69775720

Torino

Via Montecuccoli, 9
10121 Torino
Tel +39 011.41724.1
Fax +39 011.4172422

E-mail: info.italy@fieldfisher.com

www.fieldfisher.com