

**Università Bocconi di Milano – Convegno su Spending
review: Quali effetti per l'attività
contrattuale della P.A.?**

SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA E *SPENDING REVIEW*

Prof. avv. **FRANCESCO GOISIS**,
straordinario di diritto amministrativo,
**Università degli studi di Milano – Of
Counsel**, Studio legale associato a
Baker&McKenzie, Milano

Introduzione: l'art. 4, d.l. n. 95/2012

Contiene essenzialmente tre classi di disposizioni in tema di società a partecipazione pubblica:

- una **norma di sistema** sulla natura e sul regime giuridico delle società in mano pubblica (co. 13)
- una norma di **legittimazione dell'*in house*** (co. 8)
- alcune norme di **contenimento dei costi** di mantenimento delle partecipazioni pubbliche e di potatura delle partecipazioni in società strumentali, ove antieconomiche.

Introduzione: di cosa parleremo

Alcune principali previsioni di carattere problematico, ed in particolare il rilievo dell'art. 4, co. 13 (norma di sistema) in ordine a:

- 1. **Lucratività** ed imprenditorialità delle società in mano pubblica;
- 2. Necessaria **strumentalità pubblicistica** delle società in mano pubblica;
- 3. Compatibilità dell'*in house*, sotto il profilo del **controllo analogo**, con il diritto societario.

Il Comma 13:

«Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»

Il Comma 13:

- Atti parlamentari:

«La previsione pare voler imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva “entificazione” pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione». Più volte la disposizione è poi definita come di «interpretazione autentica».

- Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444:

«una norma di chiusura» la quale «dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie»

Il Comma 13:

- **Come si mostrerà più in dettaglio, rafforzamento dell'appartenenza al diritto privato** delle società a partecipazione pubblica: le deroghe al diritto comune non possono essere ricostruite in via sistematica o comunque interpretando creativamente previsioni legislative in realtà quantomeno equivoche
- Occorre invece una **volontà pubblicizzante chiara ed espressa**
- Nel dubbio, quindi, prevale l'indicazione di cui alla *Relazione* al Codice civile del 1942 (n. 998): **nelle partecipazioni pubbliche, è il pubblico che si piega al privato (ossia al diritto societario comune), non viceversa** («...è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici»).
- Il Codice civile era già consapevole del problema natura società pubbliche: Cons. Stato, n. 33/1938: "...se alla A.G.I.P: si volesse contestare la qualifica di Ente pubblico, perché essa si presenta sotto la forma di un'anonima commerciale, basterebbe opporre la notorietà del fatto, che tale forma fu data, unicamente, per ragioni di opportunità contingente e che, del resto, è comune ad altre imprese, - create dallo Stato o con il suo concorso, - senza che questa esterioresità influisca sulla sostanza e sugli scopi loro, diretti in linea principale all'incremento e conseguimento di finalità di generale interesse e che, appunto per essere tali, lo Stato, quale Ente originario e sovrano, ha, non solo il diritto, ma altresì l'obbligo di controllare”.
- **Coerenza con gli orientamenti comunitari in tema di *golden shares***, che vietano l'attribuzione di privilegi non ben definiti e comunque non strettamente necessari al socio pubblico.

La permanenza dello scopo di lucro ex art. 2247 c.c.

- **Scopo di lucro:** vigenza nelle società legali o confusione tra causa sociale ed oggetto sociale?
- Rilievo del **superprincipio di economicità dell'azione amministrativa**, di cui all'art. 97, co. 1, Cost. («Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»). La riaffermazione dello scopo lucrativo come misura di *spending review*.
- **Le previsioni in punto di riduzione degli sprechi nelle società a partecipazione pubblica** (ad es. quelle in tema di composizione dei CDA, di cui all'art. 4, co. 4 e 5) come attuazione del principio di economicità e quindi dello scopo di lucro
- **Precedenti previsioni in tema di riduzione degli sprechi:**
 - **art. 1, co. 734, l. n. 296/2006** (esclusione dalla carica di amministratori in società pubbliche di soggetti che abbiano, con le loro scelte, determinato la chiusura in perdita per tre esercizi consecutivi)
 - **Art. 6, co. 19, d.l. n. 78/2010** (divieto di norma di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, e di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio)
 - **Art. 14, co. 32, d.l. n. 78/2010** (necessaria liquidazione di società in perdita (recentemente riconfermato nella sua vigenza proprio dall'art. 9, co. 7, d.l. n. 95/2012).

La pretesa strumentalità pubblicistica ex art. 3, co. 27, l. n. 244/2007

- **Il concetto di strumentalità della società alle finalità istituzionali dell'ente** di cui all'art. 3, co. 27, l. 244/2007 («le amministrazioni ...non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali..»): la strumentalità attiene solo all'oggetto e non alla causa sociale (che rimane lucrativa)
- Non condivisibilità delle opposte tesi giurisprudenziali (cfr. ad es. Cons. Stato, n. 1574/2012)

Il problema del controllo analogo nell'*in house* (lo scopo di lucro)

- Il rilievo ex co. 13 assunto dal comune diritto societario impone di ancor più attentamente interrogarsi sulla sua compatibilità con il controllo analogo, efficacemente definito come una forma di strumentalità ed eterodirezione talmente accentuata da determinare una vera e propria **evaporazione** della distinzione sostanziale tra socio pubblico e società *in house*.
- La giurisprudenza comunitaria richiede che la società *in house* si conformi «**a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico**» (Corte di Giust. UE, causa C-26/03, *Stadt Halle* del 2005, punto 50)
- Il fine di lucro non appare dunque compatibile con il controllo *in house*
- Il fine di lucro, imposto dall'art. 2247 c.c., non è però derogabile dallo Statuto (Cass., n 7536/2005).

L'incompatibilità con il controllo analogo delle competenze gestorie degli amministratori nelle s.p.a.

- Art. **2380-bis, co. 1, c.c.**: «La gestione dell'impresa spetta **esclusivamente agli amministratori**, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»
- **Art. 2364, n. 5, c.c.**: lo statuto può solamente prevedere, per determinati « atti degli amministratori », la previa « autorizzazione dell'assemblea », ferma restando, però, la « responsabilità di questi per gli atti compiuti »
- **Sentenza Parking Brixen del 2005**: una previsione statutaria che riservi agli amministratori la « facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale » è incompatibile con il controllo analogo.

Le competenze gestorie nel Regolamento CE 1370/2007

- il **Regolamento CE n. 1370/2007**, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, richiede, quali condizioni per il controllo analogo, **«l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione»**
- Non sono solo le decisioni più importanti e strategiche ma anche quelle minori a dover essere di spettanza del socio pubblico, e così **espropriate** agli organi sociali.

Conclusioni su controllo analogo e art. 2380 – bis co. 1, c.c.

- Una previsione statutaria che ricalchi esattamente (e **doverosamente**) l'art. 2380 bis c.c. è dunque incompatibile sia con la giurisprudenza comunitaria che, ancor di più, con il controllo analogo quale definito dal Regolamento CE n. 1370/2007.
- Ciò è attestato dalla stessa sentenza sentenza *Parking Brixen*: l'Assemblea dei soci (dominata dal Comune) aveva ricevuto tutti i poteri « consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci »; poteri che, però, evidentemente, **non bastavano**.

Il preteso rilievo ai fini del controllo analogo di patti parasociali e di clausole statutarie

- Non sembra possibile giungere al controllo analogo tramite **patti parasociali**, o, tantomeno, **clausole statutarie** in contrasto con le norme codicistiche in tema di riparto delle competenze gestorie.
- Le clausole statutarie sono **nulle**, e al più convertibili in patti parasociali.
- I patti parasociali, ove rivolti a spogliare gli organi sociali delle competenze gestorie loro spettanti per legge, o sono nulli, per violazione dell'ordine pubblico societario, o, comunque, nell'ipotesi più ottimistica, hanno efficacia meramente obbligatoria e quindi sono **estranei all'organizzazione sociale** (e solo a tale condizione validi)
- E' quindi dubbio che siano in grado di soddisfare le esigenti pretese comunitarie di un controllo analogo **non solo di fatto, ma anche certo perché di diritto**, per di più con possibilità di un'efficacia non meramente obbligatoria ma altresì **reale, permanente e quindi certa** (mentre la efficacia temporale massima dei patti parasociali è di **cinque anni**, ex art. 2341 *bis*, co. 1, c.c.)

La sentenza SEA del 2009 e l'inadeguatezza dei patti parasociali

- Corte di Giustizia UE (causa C-573/07, **Sea Srl**): è necessaria un'efficacia **certa** e quindi non meramente obbligatoria degli strumenti del controllo analogo.
- Nella specie, costituzione di due comitati, espressione diretta dei soci pubblici, chiamati ad imporre una serie di scelte agli amministratori e all'assemblea dei soci
- Ciò è coerente con il Regolamento CE n. 1370/2007 che prevede la realizzabilità del controllo analogo solo per legge o per disposizione statutaria e non per patto parasociale.

SRL e controllo analogo

È realizzabile il controllo analogo nelle s.r.l.?

Pro:

- Maggiore autonomia statutaria quanto al riparto di competenze gestorie (art. 2468, co. 3, c.c.)

Contra:

- Alcune principali competenze sono comunque riservate agli amministratori (art. 2475 c.c.)
- Lo scopo di lucro è inderogabile
- Il socio che eserciti funzioni gestorie è illimitatamente responsabile per i danni causati alla società. Il problema dell'art. 81 Cost.

Conferme legislative della difficile compatibilità tra *in house* e ordinario diritto societario

Il legislatore amministrativo laddove ha voluto assicurare il controllo analogo, lo ha fatto prevedendo **espressamente** una coerente modificazione (e quindi modificabilità) dello statuto:

- **Anas s.p.a., art. 36, co. 9, d.l. n. 98/2011:** «Il nuovo statuto di Anas s.p.a. prevede i requisiti necessari per stabilire forme di controllo analogo del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sulla società, al fine di assicurare la funzione di organo *in house* dell'amministrazione»
- **Difesa Servizi s.p.a., art. 535, d.lgs. n. 66 del 2010:** «Lo statuto prevede: ...le modalità per l'esercizio del «controllo analogo» sulla società, nel rispetto dei principi del diritto europeo e della relativa giurisprudenza comunitaria»

Il rilievo specifico del co. 13: un eventuale statuto speciale della società *in house* dovrebbe essere espressamente autorizzato per legge

- Fino all'introduzione di questa norma di interpretazione autentica, si poteva ipotizzare che il legislatore amministrativo, laddove richiamava l'*in house* in relazione a società di capitali, lo facesse sul presupposto di avere esso stesso, contemporaneamente, **legittimato le connesse deroghe al diritto societario ordinario**, creando uno **statuto speciale (pubblicistico) per le società *in house***
- **Oggi, grazie, all'art. 4, co. 13, cit., ciò non può più ritenersi possibile**, salvo a immaginare improbabili (ma forse auspicabili) rimediazioni della giurisprudenza comunitaria, che giungano ad ammettere la rilevanza di un controllo analogo di fatto, ossia non presidiato da specifiche previsioni legislative
- Appaiono allora **coerenti** le norme di soppressione o di dismissione delle società strumentali (*in house*) di cui ai primi commi dell'art. 4.
- Appare invece **meno coerente** la scelta del decreto c.d. crescita (dl. 179/2012) di rimuovere il limite di 200.000 euro per gli affidamenti *in house* di servizi strumentali legittimati dal comma 8.

Una riflessione di sintesi

- Il D.L. *spending review* rafforza la **vocazione lucrativa e imprenditoriale** della società a partecipazione pubblica, nel rispetto della sua causa legale (art. 2247 c.c.) e del **superprincipio di economicità dell'azione amministrativa** (art. 97, co. 1, Cost.)
- Il diffuso «**uso insincero**» della società di capitali emerge tuttavia ancor più stridente. Ritorna di piena attualità, tra l'altro in relazione all'*in house*, il suggerimento dell'Ascarelli (1959) di fare ricorso ad uno strumento più coerente: l'ente pubblico economico, ben più adatto ad una disciplina nel segno dell'eterodirezione per finalità pubblicistiche.