

Società a partecipazione pubblica: finalità perseguibili con la costituzione e la gestione di partecipazioni. Piani di razionalizzazione. Affidamenti in house.

Prof. Avv. Francesco Goisis, ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano, Of Counsel Baker&Mc Kenzie

Milano, Palazzo Lombardia, 25 Febbraio 2016

,

Lo Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie è parte di Baker & McKenzie International, una Swiss Verein con uffici sparsi nel mondo. In accordo con la comune terminologia usata nelle organizzazioni di servizi professionali, il riferimento a "partner" indica una persona che ha posizione di partner, o equivalente, in questo tipo di studi legali. Similmente, il riferimento "ufficio" indica un ufficio di qualsiasi di questi studi legali.

© 2015 Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie

Le finalità perseguibili: scopo di lucro

- Esso non è tramontato in via generale come talvolta sostenuto: art. 90, co. 17, l. n. 289 del 2002, stabilisce che « *Le società...sportive dilettantistiche...possono assumere una delle seguenti forme ... società sportiva di capitali ... costituita secondo le disposizioni vigenti, ad eccezione di quelle che prevedono le finalità di lucro* ».
- Anzi, è stato rafforzato dalla riforma del 2003 del diritto societario: in particolare, essa mirava, in conformità ai criteri di delega, alla valorizzazione della natura imprenditoriale e lucrativa delle società, ossia da rendere possibile « *il proficuo svolgimento dell'impresa sociale ...* » (Art. 1, co. 4, lett. a), l. 366 del 2001).

Le finalità perseguibili: scopo di lucro

- Il TU **nulla** espressamente dice sullo scopo di lucro.
- Dunque tale scopo deve ritenersi vigente, in virtù del generale rinvio al Codice civile da parte dell'art. 1, co. 3 del TU e del criterio di delega (art. 16, co. 2, l. 124/2015) di legiferare in modo chiaro, ai fini di un «*coordinamento formale e sostanziale*» con indicazione esplicita delle abrogazioni e limitandosi alle «*modifiche strettamente necessarie*».
- Inoltre, il TU va interpretato alla luce della legge delega:
 - art. 19, co. 1, lett. a): «*principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica*»;
 - art. 19, co. 1, lett. l): «*regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato*».

Rilievo anche dell'art. **97, co. 1, Cost.**

Le finalità perseguibili: scopo di lucro

- Nulla il T.U. dice sulla responsabilità da direzione unitaria (Art. 2497 c.c.: esso tutela i soci esterni al gruppo di controllo e i creditori contro «*le società e gli enti*» che, nell'esercizio della attività di direzione e coordinamento, agendo «*nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società*», producano pregiudizio «*alla **redditività** ed al valore della partecipazione sociale*», ovvero «*all'integrità del patrimonio sociale*»);
- La sua applicabilità agli enti pubblici deve ritenersi quindi preservata, con conseguente ulteriore garanzia dello scopo di lucro.

Le finalità perseguibili: l'art. 4 del TU

- «*Le amministrazioni pubbliche non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi **non strettamente necessarie** per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere, direttamente o indirettamente, partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*».
- Tale strumentalità attiene soltanto **all'oggetto sociale** (ossia all'attività) in cui la società è chiamata ad operare; non alla **causa sociale** (che rimane lucrativa).

Le finalità perseguibili: l'art. 4 del TU

Novità (i.e. approccio più radicale) rispetto alla l. 244 del 2007:

- Dal «*sempre ammessa*» ai «*nei limiti di cui al comma 1...esclusivamente*»: la circostanza che si rientri nella categorie dei servizi di interesse generale ecc. non basta ma è condizione necessaria.
- Dal direttamente all'anche «*indirettamente*».
- Necessità di una analitica motivazione (soggetta a controllo da parte della Corte dei conti e dell'AGCM e comunque impugnabile al TAR) **non solo sulla astratta riconducibilità alle competenze ma anche sui profili di convenienza economica** (ossia su «*gli obiettivi gestionali cui deve tendere la società, sulla base di specifici parametri qualitativi e quantitativi, nonché le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato...*»).

I piani di razionalizzazione periodica

- Stretto (ed espresso) collegamento con l'art. 4, le cui categorie vengono richiamate. e la cui ratio di affermazione dell'art. 97, co. 1, Cost. viene dettagliata e resa effettiva sul piano operativo (si pensi al tema dell'accorpamento o della liquidazione di società prive di effettiva attività);
- Sanzione amministrativa (che quindi prescinde dall'effettivo danno) comminabile da parte della Corte dei conti.

L'In House

Art. 16 T.U.

- Gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-*bis* e dell'art. 2409-*novies* del codice civile (per adeguarsi alla sentenza *Parking Brixien* del 2005).
- In ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali.
- Richiamo ai requisiti previsti dalla direttive sugli appalti pubblici (controllo analogo; 80 % del fatturato con l'ente pubblico o per compiti da esso assegnati, derogabile in caso di economie di scala; no partecipazione privata se non quando irrilevante).

L'In House

In House ed interesse lucrativo

- La giurisprudenza comunitaria pare però esigere anche una piena coincidenza di fini tra ente pubblico e società *in house*, ossia la circostanza che quest'ultima si conformi «**a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico**». (Corte eur. giust., causa C-26/03, *Stadt Halle* del 2005, punto 50).
- Ciò è confermato dall'art. 12, co. 3, direttiva 2014/24/UE secondo cui l'organismo controllato non deve perseguire interessi contrari a quelli dei soci pubblici partecipanti e l'ente pubblico deve concretamente determinare gli obiettivi strategici.
- Anche il fine di lucro (statutariamente inderogabile a pena di nullità) non appare dunque compatibile con il controllo in house.

L'In House

Presenza di posizione della Cassazione nel senso della assoluta anomalia della società in house anche sotto il profilo teleologico.

- Sezioni unite della Cassazione, sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, hanno testualmente parlato di «*anomalia del fenomeno dell'in house nel panorama del diritto societario*», tra l'altro in ragione della «*impossibilità stessa di individuare nella società un centro di interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico*».
- In definitiva, affermano le Sezioni Unite, le società *in house* hanno della società di capitali «*solo la forma esteriore*» ma sono in realtà una *longa manus* della P.A. e per esse «*la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*».

L'In House

Il problema del controllo analogo: il preteso rilievo di patti parasociali.

CEG 10 settembre 2009 (causa C-573/07, *Sea Srl*): la Corte europea ha mostrato di ritenere che, laddove le modifiche alla comune disciplina societaria (con, tra l'altro, la costituzione di due comitati, espressione diretta dei soci pubblici, chiamati ad imporre una serie di scelte agli amministratori e all'assemblea dei soci) fossero, secondo il diritto nazionale, di **efficacia meramente obbligatoria** (ossia prive di una tutela diversa da quella risarcitoria per equivalente nei confronti dei soli originari contraenti, in quanto, in realtà, al più, assimilabili a patti parasociali), esse non avrebbero potuto essere invocate per dimostrare il controllo analogo.

L'In House

Conclusioni

- Non superato il problema della distinzione di interessi.
- Superato il problema della competenza gestoria esclusiva del CdA (ma si tratta di previsioni compatibili con la giurisprudenza sulle *golden shares*?).
- Discutibile invece che l'in house possa essere realizzato solo attraverso patti parasociali (invece che deroghe statutarie alla competenza gestoria esclusiva del CdA).
- Discutibile che economie di scala possano consentire di derogare al limite del 80% del fatturato.