

Università degli Studi di Bologna



Quaderni della Spisa

Scuola di Specializzazione

in studi

sull'amministrazione pubblica

diretti da Fabio Ilversì Monico

- C. Bottari • M. P. Chiti
- G. D'Auria • M. Dugato
- G. Gardini • P. Gnudi
- M. Lamandini
- F. Mastragostino
- G. Napolitano • M. Renna
- L. Torchia • A. Travi
- L. Vandelli • G. Vesperini
- C. Zoli

***Pubblica
amministrazione
e privatizzazioni
dopo gli anni '90,
un primo bilancio***

a cura di

Marco Cammelli e Girolamo Sciullo


**MAGGIOLI
EDITORE**

e mi richiamo ai dati che ho fornito all'inizio del mio intervento – pensare sempre a quale sarebbe la situazione attuale se questo processo non avesse avuto luogo.

La privatizzazione aveva, a mio vedere, 3 scopi:

1. Fare cassa, contribuire a ridurre l'indebitamento dello Stato. Ricordo che i proventi delle privatizzazioni, per le regole Eurostat, non vanno a ridurre il *deficit* corrente e sono invece destinati al fondo riduzione del debito pubblico.

2. Ridurre la presenza dello Stato nell'economia. L'Italia era fra tutti i paesi dell'Ocse quello che aveva la maggiore presenza pubblica.

3. Aumentare la platea di grandi imprenditori che nel nostro paese è molto ridotta.

I primi due obiettivi ritengo siano stati raggiunti, l'Iri a seguito delle vendite effettuate dal '95 al 2000 ha incassato molto di più delle più rosee previsioni.

Purtroppo la platea dei grandi investitori non è molto variata.

Fare crescere il numero dei grandi imprenditori è un processo lungo per cui il nostro paese non è ancora sufficientemente attrezzato, mancano i percorsi formativi adeguati e le strutture finanziarie non sono ancora in grado di fornire tutto il supporto necessario.

A livello centrale, cioè di controllo diretto da parte del Ministero dell'economia, il grosso si può dire che è stato fatto e le privatizzazioni hanno profondamente modificato la realtà preesistente.

A livello locale, invece, esistono ancora imprese che possono affrontare questo processo.

A Bologna ne abbiamo un esempio significativo con Hera.

La Borsa italiana ha bisogno di titoli di società di medie dimensioni che operano in settori che possano garantire risultati costanti nel tempo, cioè proprio come le *public utilities*.

Abbiamo assistito a numerosi casi, con la cosiddetta *net-economy*, di aziende che non avevano dietro le spalle risultati consolidati, e hanno provocato grandi delusioni.

Fare affluire in Borsa aziende che svolgono servizi il cui rendimento è meno sensibile all'andamento dei mercati, cioè titoli difensivi", potrebbe costituire un contributo decisivo per l'alargamento del mercato dei capitali in Italia.

INTERVENTO

MARCO LAMANDINI

1. – Il dichiarato scopo di questo breve intervento è solo quello di offrire un catalogo asistemático delle principali, se non di tutte le (piccole o meno piccole) questioni che l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 pone sotto il profilo del diritto delle società. Per quanto infatti la riforma abbia profondamente modificato il regime speciale delle società che, a diverso titolo, operano nel settore dei servizi pubblici locali (quale si era venuto a progressivamente consolidare a partire dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, attraverso l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, il d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533, l'art. 17, comma 58 della legge 15 maggio 1997, n. 127 e infine l'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), essa non ne ha certo sancito la riconduzione *tout court* al modello generale. La specificità d'azione imprenditoriale continua dunque a riflettersi in una specificità di regime anche societario. Un regime speciale più spesso dichiarato, anche se talora implicito. Se ne ha un esempio nel comma 15 dell'art. 35 e dunque nel nuovo art. 113 *bis*, comma 1, lett. c). Benché infatti la norma testualmente preveda che i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale sono gestiti mediante affidamento diretto a "società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali regolate dal Codice civile", si ritiene che permanga per queste società il vincolo, di diritto speciale, della proprietà maggioritaria o quantomeno del controllo (v. art. 2, comma 2 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158) pubblico. Solo il rispetto di questo vincolo – per la presunzione di effettivo esercizio di influenza dominante che l'ordinamento ricollega (con la norma dell'art. 2359 c.c.) alla situazione di potere potenziale insito nella pro-

prietà maggioritaria o quantomeno nel controllo – sembra giustificare un trattamento differenziato delle stesse rispetto al concessionario o all'appaltatore terzo.

2. – Ciò introduce ad un primo rilievo. Anche a seguito della riforma il più evidente aspetto di “specialità” del regime delle società che svolgono attività nel settore dei servizi pubblici locali attiene ancora al vincolo partecipativo. Ciò tuttavia in termini affatto diversi da quelli del passato, tanto che si è scritto che la nuova disciplina segna il superamento del modello generale di società a prevalente capitale pubblico locale per la gestione dei servizi pubblici. Il vincolo della partecipazione maggioritaria è infatti previsto espressamente, con riguardo ai servizi pubblici locali di rilevanza industriale:

a) per le “società di capitali” aventi ad oggetto la “gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali” allorché la gestione sia “separata da quella di erogazione degli stessi”: la partecipazione maggioritaria “degli enti locali anche associati” consente qui l'affidamento diretto della gestione (art. 113, comma 4, lett. a); per le ragioni indicate sopra rispetto alle società di gestione di servizi privi di rilevanza industriale è da ritenere che l'espressione vada comunque interpretata nel senso che la maggioranza partecipativa si deve tradurre in un esercizio effettivo di influenza dominante, anche se congiunta);

b) per le “società di capitali” alle quali “gli enti locali, anche in forma associata, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali” (art. 113, comma 13). La norma prosegue precisando qui espressamente che la maggioranza pubblica “è incredibile”.

Il vincolo non costituisce viceversa un requisito per l'esercizio dell'attività bensì un limite allo stesso nell'ipotesi contemplata dal comma 2 dell'art. 35, là dove si prevede che “a far data dal termine (del periodo di transizione) è comunque vietato alle società di capitale in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50%, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali fuor del proprio territorio”. Questa disposizione disincentiva il modello della partecipazione pubblica maggioritaria per le società di erogazione dei servizi affidatarie dirette parallelamente a quanto dispone il comma 3 del

medesimo articolo che concede termini transitori più lunghi alle società affidatarie dirette nelle quali, nel frattempo, la partecipazione pubblica sia scesa rispettivamente a non più del 60% e (soprattutto) in minoranza. Ciò conferma l'idea del superamento del modello di gestione dei servizi attraverso società a partecipazione pubblica maggioritaria, anche se – ad onor del vero – l'assetto partecipativo delle società che, ai sensi dell'art. 113, comma 5, sono “titolari del servizio” a seguito di “gare con procedura ad evidenza pubblica” (e dunque non per affidamento diretto) risulta indifferente all'ordinamento, e dunque niente impedisce agli enti pubblici, se lo ritengono, di detenere l'integrità o la maggioranza delle partecipazioni delle società di erogazione (non affidatarie dirette). Se ne ha espressa conferma nell'art. 113, comma 12, ove si prevede che l'ente locale “può” (e non “deve”) cedere “in tutto o in parte” la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi.

3. – Da un punto di vista del diritto societario, la tecnica seguita anche dal legislatore della riforma (sulla scorta dei precedenti modelli legislativi) di attribuire significato, sia pure ai più limitati fini sopra indicati, alla *partecipazione pubblica maggioritaria nel capitale sociale* può sollevare qualche perplessità. Se infatti lo scopo del legislatore è quello di perimetrare per tale via le società di cui possa dirsi con certezza che soggiacciono all'influenza dominante dell'ente pubblico, l'obiettivo per questa via non è pienamente conseguito. È vero infatti che l'art. 2359, n. 1 c.c. enuncia una presunzione assoluta di controllo in capo a chi detenga la maggioranza, ma:

a) la maggioranza va calcolata non sul capitale (come viceversa fa l'art. 35) bensì sul capitale ordinario e cioè sui voti esercitabili in assemblea ordinaria;

b) quella presunzione è dettata con riguardo al controllo “solitario”, all'ipotesi cioè in cui un solo soggetto detenga la maggioranza prevista dall'articolo in esame e non invece con riguardo alle ipotesi di controllo congiunto o comunque di partecipazione maggioritaria complessivamente detenuta da una pluralità di soggetti (come è invece quella cumulativamente evocata dall'art. 113, comma 4, lett. a) e comma 13). Questa fattispecie può infatti configurare un'ipotesi di controllo di fatto (di dubbia riconducibilità all'art. 2359 c.c., per i più) in presenza di

certe condizioni (tipicamente in presenza di quei particolari, e non sempre frequenti – specie nel sistema delle partecipazioni pubbliche – patti di sindacato che effettivamente rendano indispensabile il concorso volitivo di tutti gli aderenti al patto per il raggiungimento delle maggioranze prescritte per il funzionamento del patto e della società), ma certo non può ritenersi presuntiva di esso. Ne segue che è senz'altro arbitrario pretendere di presumere (*juris et de jure*) che un assetto proprietario contraddistinto dal possesso della maggioranza delle partecipazioni da parte di una pluralità di enti pubblici attribuisca l'influenza dominante agli enti pubblici: ben potrebbe avvenire infatti che il socio o i soci privati minoritari esercitino il controllo vuoi per effetto dell'inerzia di uno o più soci pubblici vuoi per effetto di patti di sindacato (anche nella forma dei patti di sospensione del voto o di non ingerenza gestionale) con uno o più dei soci pubblici.

Se dunque lo scopo della norma è davvero quello di assicurare che le società pubbliche maggioritarie siano sotto l'effettiva influenza dominante pubblica il legislatore meglio avrebbe fatto, e farebbe, a servirsi del duplice requisito della proprietà maggioritaria e del controllo, secondo quanto del resto già si pratica a livello di normativa sia nazionale che comunitaria con riguardo ai titolari di licenze di traffico aereo. Il riferimento al controllo risulta viepiù necessario se si considera poi:

a) che l'emissione di azioni privilegiate e, per le società quotate, di risparmio, può raggiungere fino al 50% del capitale sociale e in ipotesi potrebbe portare l'ente pubblico a detenere solo una frazione piccolissima di capitale ordinario pur detenendo il 50,1% del capitale complessivo;

b) che, nel quadro della riforma del diritto societario in corso, è possibile che risulti superato il rigido principio di attribuzione di un voto per ogni azione, rimettendo allo statuto la possibilità di meglio graduare il diritto di voto indipendentemente da un rigoroso principio di proporzionalità rispetto al capitale conferito. Ciò che, con tutta evidenza, renderebbe ancora meno rappresentativo, ai fini della individuazione del soggetto o dei soggetti esercitanti influenza dominante, il solo dato della proprietà azionaria.

Del resto, anche a seguito delle decisioni della Corte di Giu-

stizia in tema di *golden shares* del 4 giugno 2002, occorre attenzione nel fissare limiti all'investimento i quali non risultino effettivamente funzionali, e proporzionati, ai (dichiarati) obiettivi di pubblico interesse che ne giustificano l'adozione. Diversamente l'adozione di nozioni che non sono precisamente funzionali all'effettivo obiettivo di conservare l'influenza dominante agli enti pubblici come strumento per la più razionale gestione delle reti potrebbe prestare il fianco a contestazioni comunitarie.

4. – La circostanza che il legislatore speciale della riforma maneggi con qualche difficoltà la nozione commercialistica di “controllo” e di “collegamento” sembrerebbe del resto confermata dall'art. 113, comma 6. Qui infatti, nel delimitare il perimetro delle società cui è fatto divieto di partecipare alle gare per la titolarità del servizio in quanto affidatarie dirette di altro servizio pubblico, il legislatore della riforma usa l'espressione – che si direbbe eccessivamente restrittiva – “società controllate o collegate, loro controllanti nonché società controllate o collegate con queste ultime”. Questa definizione omette il riferimento, invece consueto in altri contesti allorché si voglia definire il gruppo di appartenenza di una società, alle “società sotto il medesimo controllo”, il quale avrebbe avuto il merito di ricondurre al divieto anche le società che, in ipotesi, fossero direttamente partecipate dal medesimo ente pubblico controllante di vertice. L'interpretazione letterale della norma esclude infatti, in difetto di questa precisazione e tenuto conto che l'ente pubblico non è una “società controllante”, che il divieto operi per le società sorelle che siano tuttavia controllate direttamente dall'ente e non da una *subholding* avente veste societaria. Manca del resto, e anche a seguito della imminente riforma del diritto societario, continuerà a mancare una definizione generale di gruppo cui eventualmente fare riferimento ai fini dell'interpretazione correttiva della nozione adottata dal legislatore speciale sicché, trattandosi nella specie di una disciplina limitativa del diritto d'impresa, credo che difficilmente l'interpretazione letterale possa superarsi. Credo invece che, per quanto la norma non evochi espressamente le collegate delle controllate e l'art. 2359 ultimo comma non conosca il collegamento indiretto, esso potrà agevol-

mente riconoscersi interpretativamente come collegamento da influenza notevole (pur in difetto di partecipazione diretta) esercitata tramite la controllata.

5. – L'uso forse non del tutto impeccabile di nozioni "commercialistiche" ricorre del resto anche in altri punti dell'art. 35. Così:

a) il comma 3, lettere a) e b) là dove usa l'espressione "fusione", certamente intende ricomprendere anche la fattispecie della "scissione" e probabilmente dovrebbe operare anche in ipotesi di aggregazioni imprenditoriali equivalenti alla fusione (seppur tecnicamente non qualificabili come "fusione"), come ad esempio è il caso dei *merger of equals* e di schemi aggregativi analoghi, frequenti in particolare nel contesto delle "fusioni transfrontaliere" per superare (in attesa della X^a direttiva in materia societaria) il divieto di fusione con società straniera previsto da talune legislazioni nazionali.

b) il comma 9 là dove considera il problema della separazione delle reti dal servizio nell'ipotesi in cui reti e impianti siano già ora in proprietà ad una società a prevalente partecipazione pubblica impone entro un anno "lo scorporo" delle stesse "mediante conferimento ad una società avente le caratteristiche definite dall'art. 113, comma 13" e cioè la cui maggioranza sia detenuta dagli enti locali anche in forma associata. Sennonché "lo scorporo" – se deve avere come risultato che le partecipazioni della beneficiaria spettino agli enti locali e non alla società oggetto dello scorporo – è in realtà una scissione; con l'ulteriore conseguenza che si ha sì un "trasferimento" di beni ma non un "conferimento". Ciò beninteso salvo che non si ritenga – come talora si è prospettato – che il rispetto della previsione dell'art. 113, comma 13 si abbia anche nell'ipotesi in cui la maggioranza sia detenuta dagli enti locali indirettamente tramite una società da essi controllata che a sua volta controlli la società proprietaria delle reti. In quest'ultimo caso, il procedimento di "scorporo" potrebbe allora effettivamente intervenire per effetto di "conferimento".

6. – Certamente interessante agli occhi del giuscommerciante appare inoltre la previsione dell'art. 113, comma 9 nella

parte in cui affronta il problema della contabilizzazione degli investimenti relativi alle reti e agli impianti in proprietà (diretta o indiretta) pubblica effettuati dalla società titolare del servizio di erogazione. La norma si fa carico infatti della "sorte" del valore dei beni non ancora ammortizzati in occasione del "passaggio" del servizio da un gestore ad un altro e dispone che quest'ultimo dovrà corrispondere al primo "un indennizzo pari al valore di beni non ancora ammortizzati il cui ammontare è indicato nel bando di gara". La disposizione – la cui operatività andrà misurata nella pratica – sembra in astratto idonea a risolvere un problema che, in difetto di espressa regolamentazione, avrebbe posto (come in effetti aveva posto nella valutazione degli effetti della possibile riforma durante i lavori preparatori) interrogativi di non facile soluzione circa il trattamento della sopravvenienza passiva derivante dalla perdita dell'affidamento prima del termine per l'ammortamento dei beni strumentali e avrebbe potuto facilmente generare significativi squilibri patrimoniali per le società affidatarie. Disposizione parallela si legge, con riguardo al periodo di transizione, al comma 7 dell'art. 35.

7. – Di particolare rilevanza pratica è infine la previsione del comma 11 che, come è largamente noto, ritaglia un regime speciale per le "società per azioni quotate in borsa e le società per azioni i cui enti locali soci abbiano già deliberato al 1° gennaio 2002 di avviare il procedimento di quotazione in borsa da concludere entro il 31 dicembre 2003, di cui, alla data di entrata in vigore della legge, gli enti locali detengono la maggioranza del capitale". A protezione del valore della partecipazione, la norma prevede infatti che queste società potranno conservare la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni ad esse conferite all'atto dell'affidamento del servizio (e come tali in genere valutate ai fini della determinazione del capitale iniziale) e che, ciò non ostante, gli enti pubblici possano procedere alla dismissione "in tutto o in parte" della loro partecipazione in esse. Ciò fa sì che, almeno per tutta la durata del periodo di transizione, la riforma non determina alcun effetto sulle società quotate o quotande né sulla loro privatizzazione. La norma è sotto questo aspetto certamente opportuna anche se essa, per la sua ampia portata derogatoria, inevitabilmente getta qual-

che ombra sinistra sul principio generale dettato per le società proprietarie delle reti, secondo il quale costituirebbe motivo di pubblico interesse che la relativa maggioranza azionaria rimanga in mani pubbliche in modo da assicurare che il governo delle reti resti, direttamente o indirettamente, all'ente pubblico. Ciò che, come si è detto, potrebbe avere ripercussioni sul piano comunitario, specie a seguito delle recenti decisioni in tema di *golden shares*.

8. – Deve peraltro sottolinearsi come la definizione di società “quotanda” sia anch'essa dettata dal legislatore speciale più con riferimento a criteri “amministrativistici” che non con riferimento a criteri propri del diritto delle società e del mercato mobiliare. Non si prende infatti come riferimento la delibera assembleare di richiesta di ammissione a quotazione adottata dalla società né la data di comunicazione alla Consob e contestuale richiesta a Borsa Italiana di ammissione a quotazione (art. 94, t.u.f. e delibera Consob 11971 del 14 maggio 1999 nonché regolamento Borsa Italiana del 26 aprile 2001 approvato dalla Consob con delibera n. 13160 del 5 giugno 2001): si tratterebbe infatti di termini troppo brevi rispetto all'intento perseguito di ritagliare un'area più ampia di esenzione dal regime generale. Si fa invece riferimento alla esistenza al 1° gennaio 2002 di delibere degli enti locali soci: delibere che, si ritiene, pur non dovendo essere “atti finali” dovranno comunque essere atti “con contenuto volitivo ben preciso e a carattere decisivo” (e non solo ipotetico), con “indicazione quantomeno della percentuale azionaria in offerta globale” e dovranno comunque promanare dall'organo competente, che, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. e) del d.lgs. 267 del 2000) è il solo consiglio comunale. Nel caso (frequente) in cui la partecipazione maggioritaria spetti a più enti pubblici, la lettera della norma richiede che “gli enti locali soci abbiano già deliberato” richiedendo quindi che tutti i soci abbiano provveduto. Un'interpretazione meno rigorosa è forse possibile, ma solo a condizione che la delibera di procedere alla quotazione sia adottata da tanti enti quanti complessivamente detengono la maggioranza del capitale ordinario necessario per effettivamente procedere, nella sede societaria, alla assunzione della delibera di richiesta di ammissione a quotazione.

9. – La norma del comma 11 dell'art. 35 va letta in correlazione con l'art. 113, comma 14 di cui viene tuttavia data talora un'interpretazione che mi pare eccessivamente estensiva e che potrebbe avere rilevanza nel processo di quotazione e nella redazione del prospetto informativo. Si tratta in altri termini di chiarire se la *public utility* quotata o quotanda proprietaria delle reti vada considerata affidataria del servizio solo fino alla scadenza del periodo di transizione, dovendo successivamente partecipare alle gare per la titolarità del servizio di cui all'art. 113, comma 5 o se viceversa essa possa avvalersi del regime di autorizzazione di cui all'art. 113, comma 14, ponendosi al riparo da qualsivoglia rischio di gara circa la titolarità del servizio. Poiché la filosofia di fondo che ispira la riforma è quella della “concorrenza per il mercato e nel mercato” – una scelta di *policy* anch'essa dovuta in adempimento degli obblighi comunitari – e l'art. 113, comma 14 espressamente fa salvo “il disposto del comma 3”, a stregua del quale “è in ogni caso garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi”, a me pare che la società quotata o quotanda proprietaria delle reti possa essere autorizzata a gestire i servizi ai sensi del comma 14 solo a condizione che la rete consenta la prestazione contestuale anche da parte di altri soggetti in concorrenza, scelti con le modalità di cui al comma 5. Ciò che del resto darebbe conto del perché il legislatore, al comma 11 dell'art. 35, si è premurato di precisare che, anche qualora le reti siano di proprietà della società quotata o quotanda, “sulle stesse è costituito ai sensi dell'art. 1021 del codice civile un diritto di uso perpetuo e inalienabile a favore degli enti locali” di modo che un terzo si possa avvalere della rete per l'erogazione del servizio, fermo restando il pagamento di un canone alla società proprietaria. Quando tuttavia non sia possibile per ragioni tecniche che più operatori in concorrenza tra loro si servano della rete per l'erogazione del servizio, mi parrebbe che l'autorizzazione non sia più disponibile alla società quotata o quotanda, la quale di conseguenza dovrebbe partecipare alla gara per la titolarità del servizio. Circostanza questa che ha una evidente ricaduta sulla durata degli affidamenti in essere – in quanto impedisce di considerare gli stessi, anche per le società quotate o quotande, rinnovati in perpetuo malgrado le disposizioni transitorie grazie all'*escamotage* dell'autorizzazione – e di conseguen-

za anche di diritto del mercato mobiliare. Gli amministratori delle società quotande dovranno essere molto attenti a rappresentare correttamente, nel prospetto informativo, la durata attesa della gestione del servizio, in quanto essa ha un effetto diretto sul valore della società e dei titoli da essa emessi.

10. – Un ultima e finale notazione attiene ai consorzi. Meritoriamente infatti i commi 8 e 12 dell'art. 35 vengono a colmare una lacuna del precedente sistema, espressamente prevedendo da un lato l'obbligo di trasformazione e dall'altro formalizzando come procedura di trasformazione quella che la prassi era venuta nel frattempo individuando, sia pure faticosamente, in via interpretativa. Particolarmente importante, sotto questo aspetto, risulta la precisazione che "gli enti locali che non intendono partecipare alla società (derivante dalla trasformazione) hanno diritto alla liquidazione sulla base del valore nominale iscritto a bilancio della relativa quota di capitale".