



CONFINDUSTRIA

**Schema di
decreto
legislativo in
materia di
società
partecipate**

Marzo 2016

Position Paper

Premessa

Il Consiglio dei Ministri del 20 gennaio scorso ha approvato in via preliminare lo schema di decreto legislativo di riforma della disciplina sulle società pubbliche, che dà attuazione all'art. 18 della legge n. 124/2015 (cd. Legge Madia).

Prima di passare all'esame dello schema di decreto, Confindustria ritiene opportuno soffermarsi su alcuni profili generali al fine di rilevare, sia pure in modo molto sintetico, il contesto in cui si colloca la riforma in esame e le criticità emerse dall'attuale quadro normativo.

Il processo riformatore si inserisce in un periodo storico in cui i rapporti tra potere pubblico e mercato sono sempre più complessi; gli investimenti pubblici si programmano anche in funzione della stabilità delle regole e dell'efficienza degli apparati pubblici; il sistema delle fonti è permeato dalla *multilevel governance*.

Con particolare riferimento alla diffusione delle partecipazioni pubbliche, essa è legata: (i) a un'apparente velleità imprenditoriale delle pubbliche amministrazioni soprattutto a livello locale; (ii) all'avvio di privatizzazioni formali – e a volte opportunistiche – in connessione con i processi di liberalizzazione dei servizi pubblici negli anni novanta del secolo scorso in seguito al recepimento del diritto europeo (gli enti pubblici tradizionali sono stati trasformati in società per azioni in mano pubblica); (iii) al tentativo di evitare la rigidità – e forse anche limitare la trasparenza e il controllo – dell'azione amministrativa, attraverso moduli privatistici (società pubbliche strumentali); (iv) all'esigenza di esternalizzare quote più o meno rilevanti del bilancio pubblico per sottrarlo ai vincoli sempre più restrittivi di finanza pubblica.

Al di là delle finalità astratte, e spesso virtuose, l'utilizzo dello strumento societario ha dato origine nei fatti a rilevanti criticità che, peraltro, ne hanno favorito una proliferazione opportunistica. In particolare, esso:

- è divenuto una fonte di abuso sempre più diffusa, che rende possibile l'invasione di settori di mercato a danno dei privati e soprattutto gestioni inefficienti (a livello locale molte società pubbliche operano in settori di libero mercato e assorbono impropriamente importanti risorse pubbliche);
- consente di eludere i vincoli pubblicistici: quelli di finanza pubblica, anzitutto, ma anche quelli inerenti al reclutamento del personale e all'acquisto di beni e servizi;
- è stato poi utilizzato per moltiplicare incarichi da conferire secondo criteri clientelari e, più, in generale come strumento politico di tipo assistenziale a carico della spesa pubblica.

La legislazione degli ultimi anni ha provato ad arginare le criticità rilevate seguendo tre direttrici:

- la prima ha provato a introdurre limiti all'operatività delle società pubbliche (es. divieto di costituire società in ambiti estranei alle proprie finalità istituzionali), al fine di evitare distorsioni concorrenziali a sfavore delle imprese private operanti sul mercato;
- una seconda ha cercato di "moralizzare" il fenomeno delle partecipazioni pubbliche attraverso l'introduzione di tetti ad alcune categorie di spese fuori controllo e a forte "matrice politica" (es. limiti ai compensi e al numero dei componenti degli organi societari);
- la terza, volta a evitare che lo schermo privatistico comportasse l'elusione di disposizioni proprie dei soggetti pubblici, con l'estensione di alcuni vincoli tipicamente pubblicistici (es. concorsi per l'assunzione di personale).

Nonostante i tentativi fatti sul fronte normativo, i risultati concreti sono stati del tutto insoddisfacenti.

Le norme restrittive imposte sono state sistematicamente eluse nella prassi. A ciò si aggiunge una sorta di "complicità" del legislatore, che ha reso difficile il percorso programmato con disposizioni inefficaci e contraddittorie e frutto di una tecnica legislativa assai discutibile. Non a caso tali disposizioni sono state censurate anche dalla Corte costituzionale (si pensi, ad esempio, alle disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. n. 95/2012, cd. decreto *spending review*).

Spesso il legislatore ha prorogato i termini stabiliti per l'adempimento degli obblighi previsti annacquandone l'efficacia. In altre occasioni, è indietreggiato rispetto all'obiettivo di arginare il fenomeno.

A parte l'elusione delle più importanti disposizioni di contenimento (si tratta di un dato certificato dalla Corte dei conti e suffragato anche dai dati elaborati dal Centro Studi di Confindustria), si è venuta a determinare nel tempo una stratificazione normativa eterogenea, nella quale è difficile cogliere finanche il disegno complessivo perseguito dal legislatore. Tale situazione ha creato confusione tra gli operatori e ha disorientato finanche gli organi giurisdizionali chiamati nell'applicazione delle norme ai casi concreti.

Osservazioni generali

In termini di principio, e al netto di alcune criticità di cui si dirà in prosieguo nelle valutazioni di dettaglio, lo schema di decreto risulta condivisibile.

Infatti, rispetto alla legislazione degli anni recenti, che pure aveva cercato di intervenire sulle degenerazioni del sistema delle partecipate, si registrano due sostanziali novità.

Da un lato, il Governo ha inteso razionalizzare con maggiore chiarezza il quadro normativo attraverso previsioni omogenee, che partono dall'idea che le società partecipate sono anzitutto società di diritto comune. Le misure speciali si giustificano solo quando strettamente necessarie

secondo il principio di proporzionalità e, comunque, senza mai trasfigurare il modello societario di diritto comune.

Dall'altro, tutte le misure di contenimento del sistema delle partecipate, anche a tutela della concorrenza, vengono rafforzate con la previsione di maggiori strumenti di monitoraggio interno (soprattutto preventivo, in modo da diagnosticare in tempo utile eventuali segnali di inefficienza o di crisi della società), di controlli amministrativi e giurisdizionali più veloci ed efficaci e, infine, di sanzioni. In effetti, il vero *vulnus* del quadro normativo attuale non è tanto – o non solo – l'assenza di disposizioni legislative severe, quanto l'assenza di strumenti applicativi efficaci, anche di carattere sanzionatorio.

Più nello specifico, un primo punto qualificante dello schema di decreto è l'individuazione chiara delle finalità (tipiche e ristrette) perseguibili attraverso lo strumento societario (art. 4): finalità istituzionali, settori strategici, servizi di committenza centralizzata per gli acquisti di beni e servizi, ecc.. Al di fuori di questi casi, non sarà possibile acquisire o mantenere partecipazioni societarie per le PA, statali e territoriali. Le PA, dunque, non possono continuare a svolgere attività sul libero mercato. Una limitata possibilità sarebbe consentita solo fine di ottimizzare e valorizzare il proprio patrimonio immobiliare e, comunque, secondo i criteri del normale operatore di mercato. Qualche dubbio resta circa la possibilità di utilizzare le partecipate (co. 2, *lett. d*) per "autoproduzione di beni e servizi *strumentali* all'ente o agli enti pubblici partecipanti", cioè enti che avrebbero dovuto essere soppressi sulla base di interventi normativi precedenti, anche perché svolgono, di solito, attività tipicamente di mercato e reperibili sul mercato. Altra criticità riguarda la possibilità di utilizzare (co. 5) le partecipate per la costituzione dei "gruppi di azione locale" (GAL), strutture previste dalla regolamentazione dei Fondi strutturali dell'UE per interventi di sviluppo locale, ma che la stessa regolamentazione pone come soggetti non necessariamente strutturati o persino istituzionalizzati (già attualmente esistono numerose partecipate locali a tale titolo).

Un secondo profilo rilevante è il rafforzamento degli obblighi motivazionali cui le PA sono tenute ad attenersi per la costituzione o il mantenimento delle partecipazioni societarie, anche considerando la possibile utilizzazione alternativa delle risorse da investire (art. 5). Secondo una logica condivisibile, la motivazione non deve dar conto solo delle ragioni di mera "legittimità" dello strumento (v. punto precedente), ma anche di "convenienza" economica e finanziaria e di "opportunità". Inoltre, è previsto uno specifico obbligo di motivazione con riferimento al rispetto delle regole europee sulla concorrenza e in particolare quelle sugli aiuti di Stato. Per rendere effettivi i richiamati obblighi motivazionali è previsto che gli atti di costituzione di nuove società pubbliche siano trasmessi alla Corte dei conti e all'AGCM, per le rispettive valutazioni di propria competenza.

Va tuttavia segnalata, in materia di principi organizzativi e gestionali delle società a controllo pubblico (art. 6), la deroga all'obbligo di separazione societaria tra attività svolte in regime di economia di mercato e attività protette da diritti speciali o esclusivi. In questi casi, la mera "separazione contabile" risulta insufficiente ad evitare fenomeni distorsivi della concorrenza, come già verificatosi, a scale dimensionali maggiori, nelle *utilities*.

Sulla base di questi criteri, si agisce non solo sulle nuove partecipazioni, ma anche sullo *stock* di quelle esistenti (artt. 20 e 25). Rispetto allo *stock*, vengono disciplinati precisi obblighi di ricognizione e dismissione, accompagnati dalla previsione dell'estinzione *ex lege* della partecipazione in caso di mancato rispetto di tali obblighi. Il controllo sulla corretta attuazione delle nuove disposizioni è affidata al MEF, anche se nell'ultima versione dello schema di decreto lo stesso ha visto impoverite le sue prerogative d'azione.

Inoltre, si riporta entro il perimetro della disciplina fallimentare ordinaria anche la soluzione delle crisi e dell'insolvenza di queste società, così da chiarire, tra l'altro, anche un punto da sempre di incerta definizione, quale quello riguardante l'applicazione di tale disciplina alle società pubbliche (art. 14). In aggiunta, si prevede comunque un meccanismo interno alla società per rilevare indici precoci di crisi in modo tale da potersi far fronte con anticipo (artt. 6 e 14). La corretta gestione della società pubblica viene garantita non solo dalla previsione di tali procedure interne volte a rilevare in via preventiva situazioni di criticità, ma anche facilitando il ricorso all'autorità giurisdizionale ai sensi dell'art. 2409 c.c., in deroga alla disciplina ordinaria (art. 13).

Infine, sono previste modalità trasparenti di gestione delle risorse e dei flussi finanziari con l'ente partecipante. Non sarà più possibile fare operazioni di "*ripiamento delle perdite*" se non nell'ambito se non nell'ambito di un piano di ristrutturazione aziendale economicamente razionale ed attendibile (art. 14). Per le partecipate locali che presentino perdite di bilancio, vengono confermati, secondo quanto già previsto dalla legislazione vigente, gli obblighi di accantonamento per le PA partecipanti in misura pari al risultato negativo maturato dalla società (art. 21).

Valutazioni di dettaglio

Pur condividendo, per le ragioni sopra evidenziate, l'impostazione generale dello schema di decreto e le sue linee di fondo, non mancano alcune criticità su punti specifici e che vengono evidenziate di seguito.

a) L'eccessivo rigore relativo alla nozione di "società quotate" (art. 2, co. 1, lett. o)

Lo schema di decreto, in linea con la legislazione degli ultimi anni, prevede correttamente un'esclusione dal suo ambito di applicazione delle "società quotate" (art. 1, co. 5).

La nozione di "società quotata" presenta, tuttavia, alcuni margini di incertezza rispetto alle ipotesi di controllo indiretto, vale a dire quei casi in cui l'amministrazione pubblica esercita un controllo "mediato" dalla società quotata, senza però detenere alcuna partecipazione diretta nella società a valle.

In questi casi, l'applicazione delle nuove regole sarebbe sproporzionata, proprio alla luce della *ratio* dell'esclusione prevista per le quotate, che risiede nelle rigide disposizioni in materia di *governance*, trasparenza e controlli previste dalla disciplina speciale, contenuta nel Testo Unico della Finanza e nella regolamentazione attuativa, che rende superflue le nuove disposizioni pubblicistiche sulle partecipate.

Per questi motivi si propone di chiarire l'espressa esclusione dall'applicazione delle nuove disposizioni delle società solo indirettamente controllate da un'amministrazione pubblica.

Proposta di riformulazione

All'articolo 2, comma 1, lettera o) sostituire le parole "salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche." con le seguenti: "salvo che le stesse siano direttamente controllate o partecipate anche da amministrazioni pubbliche."

b) La possibilità per le pubbliche amministrazioni di creare società di mercato al fine di valorizzare il proprio patrimonio immobiliare (art. 4, co. 3)

Lo schema di decreto individua finalità specifiche in relazione alle quali può farsi ricorso allo strumento societario (art. 4): finalità istituzionali, settori strategici, servizi di committenza centralizzata per gli acquisti di beni e servizi, ecc.. Si tratta di una previsione che attua correttamente la delega legislativa (art. 18, co. 1, lett. b). La scelta svolta già a monte dalla legge delega è quella di vietare l'utilizzo dello strumento societario al di fuori delle "finalità istituzionali" o di "ambiti strategici". Ciò al fine di evitare distorsioni anticoncorrenziali sul libero mercato.

Rispetto a questo quadro, l'art. 4, co. 3, dello schema di decreto prevede però una eccezione, consentendo alle pubbliche amministrazioni di creare società pubbliche – anche in deroga all'obbligo del rispetto delle mere finalità istituzionali – al fine di ottimizzare e valorizzare il proprio patrimonio immobiliare.

Si tratta di una deroga non consentita dalla legge delega e, peraltro, di dubbia opportunità. Infatti, una siffatta previsione rischia di innescare un

ciruito vizioso di trattamento strumentale del patrimonio pubblico, che invece potrebbe essere più virtuosamente dismesso e valorizzato con maggiori benefici per la collettività e per la finanza pubblica. La previsione rischia, in definitiva, di costituire una base giuridica pericolosa per la proliferazione opportunistica di nuove società, ma soprattutto di essere dannosa per la finanza pubblica e, peraltro, in controtendenza rispetto alle politiche di dismissione perseguite negli ultimi anni, che sono state definite proprio a seguito della dimostrata incapacità della proprietà pubblica di qualsiasi forma di valorizzazione del patrimonio.

c) Il depotenziamento dell'organo di controllo e vigilanza del sistema (art. 15)

Uno dei punti di forza della nuova disciplina – profilo che peraltro segna un significativo tratto di differenza rispetto alla disciplina attuale – è la presenza di strumenti di monitoraggio e di controllo, interni ed esterni alle società partecipate, che dovrebbero in linea generale garantire effettività e concretezza all'applicazione delle misure sostanziali.

Accanto alle previsioni positive già sopra esaminate, bisogna però registrare in termini critici il significativo impoverimento – rispetto alle prime ipotesi di lavoro – delle attribuzioni dell'organo di controllo e di vigilanza. Quest'ultimo era stato individuato come cardine organizzativo dell'intero sistema, nel senso che era prevista la creazione di un organo *ad hoc* con pervasivi poteri di vigilanza, controllo, indirizzo e di intervento diretto per scongiurare in anticipo e con poteri molto intrusivi situazioni di inefficienza e di crisi.

La versione finale dello schema di decreto ha visto un sostanziale prosciugamento delle attribuzioni originarie, a partire dalla mancata individuazione di tale organo di controllo e vigilanza, indicandolo genericamente in una struttura interna al Ministero dell'Economia, le cui funzioni non possono che essere quasi di *counseling* o, al massimo, di *moral suasion*, con limitatissimi poteri cogenti, di indirizzo e di conformazione del sistema. Le prerogative previste dall'art. 15 consistono, infatti, nel mero monitoraggio e nella promozione delle migliori pratiche, oltre che in un limitato potere di indirizzo con riferimento a questioni molto specifiche (direttive sulla separazione contabile all'interno delle società partecipate e sul loro rispetto) e comunque privo di eventuali sanzioni.

Questo passo indietro potrebbe avere effetti negativi per l'intera tenuta del sistema delineato dal Governo nello schema di decreto e, a monte, dalla legge delega. Infatti, il valore aggiunto della nuova disciplina, rispetto al passato, è da individuare non tanto – e non solo – nella fase a monte della previsione delle misure limitative, bensì in quella, a valle, del loro concreto *enforcement*.

Senza un organo *ad hoc*, che in un'ottica ideale dovrebbe essere il garante del funzionamento del nuovo sistema delle partecipate, gli obiettivi perseguiti dal legislatore rischiano di divenire irrealistici.

Proposta di riformulazione

Sostituire l'articolo 15 con il seguente:

Art. 15

(Vigilanza amministrativa sulle società a partecipazione pubblica)

1. *In aggiunta alle funzioni di monitoraggio previste dall'articolo 17 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, al Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'economia e delle finanze sono attribuite anche le funzioni di organo di vigilanza sulle società a partecipazione pubblica.*
2. *Fatte salve le norme di settore e le competenze dalle stesse previste, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente decreto e del decreto legislativo 11 novembre 2003, n. 333, l'organo fornisce orientamenti in materia di applicazione del presente decreto e promuove le migliori pratiche presso le società a partecipazione pubblica, adotta nei confronti delle stesse società le direttive sulla trasparenza e sulla separazione contabile e verifica il loro rispetto.*
3. *L'organo di cui al comma 1 tiene un elenco pubblico, accessibile anche in via telematica, di tutte le società a partecipazione pubblica esistenti.*
4. *Fermo restando quanto disposto dall'articolo 17, comma 4, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, le amministrazioni pubbliche e le società a partecipazione pubblica inviano all'organo di cui al comma 1, con le modalità e nei termini da esso stabiliti, le segnalazioni periodiche e ogni altro dato o documento richiesto. Esse trasmettono anche i bilanci e gli altri documenti obbligatori di cui all'articolo 6 del presente decreto, con le modalità e nei termini stabiliti dall'organo di vigilanza.*
5. *L'organo di vigilanza può eventualmente effettuare, previo congruo preavviso e in modo tale da assicurare la reciproca e leale collaborazione, ispezioni presso gli uffici delle società in controllo pubblico e chiedere ad esse l'esibizione di documenti e di atti che ritenga necessario esaminare.*
6. *Qualora dalla attività ispettiva emergano gravi irregolarità o gravi inefficienze, non sanate né avviate a superamento con provvedimenti degli organi della società, l'organo di vigilanza redige tempestivamente una relazione sulle criticità riscontrate e suggerisce le azioni ritenute necessarie. La relazione è inviata agli organi di amministrazione e controllo della società, all'amministrazione pubblica partecipante e alla Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4.*
7. *In relazione agli obblighi previsti dal presente decreto, i poteri ispettivi di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, sono esercitati nei confronti di tutte le società a partecipazione pubblica.*

8. L'attuazione del presente articolo non comporta nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

d) Le criticità relative alle società *in house* (art. 16)

La disciplina sulle società *in house* sembrerebbe meramente riproduttiva delle disposizioni europee e, dunque, priva di criticità. In realtà, in alcuni passaggi testuali dello schema di decreto potrebbero celare alcune criticità, che potrebbero dar luogo ad effetti distorsivi:

1. l'art. 16, co. 1, sembra riprendere una disposizione contenuta nelle direttive europee sugli appalti pubblici e le concessioni (v., in particolare, l'art. 12 della direttiva 24/2014/UE, sugli appalti pubblici "ordinari"), che consentirebbe l'affidamento *in house* – in netta discontinuità rispetto al passato – anche a società con una presenza di capitale privato (si deve trattare di partecipazioni private che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata).

Questa possibilità consentita dalle nuove direttive europee è stata già oggetto di critiche, anche perché non ne è stato mai compiutamente chiarito il senso. Se interpretata in modo estensivo, la disposizione rischierebbe di aprire la strada ad affidamenti diretti a società miste, incentivando la proliferazione delle società pubbliche.

Ciò posto, la disposizione contenuta nello schema di decreto sembra finanche più permissiva di quella contenuta nelle direttive europee. Queste ultime si riferiscono, infatti, a partecipazioni private "prescritte" dalle disposizioni legislative nazionali (le direttive europee si riferiscono, cioè, all'ipotesi in cui la partecipazione privata in società sia imposta necessariamente dalla legge), mentre lo schema di decreto si riferisce semplicemente alle partecipazioni private "previste" dalla legislazione nazionale (con la conseguenza che potrebbero essere giustificati affidamenti diretti anche a società con capitale privato semplicemente previsti dalla legge, ma non necessariamente imposti da quest'ultima, come invece stabilito dalle direttive europee).

A parte ciò, occorre svolgere una riflessione su un profilo che non sembra sia stato oggetto di dibattito: pur prendendo atto della maggiore permissività delle nuove direttive europee, il legislatore nazionale avrebbe sempre la possibilità di introdurre norme più rigorose a tutela della concorrenza. Il legislatore, dunque, potrebbe optare, in nome della tutela della concorrenza, per un regime più rigoroso rispetto all'ordinamento europeo e sbarrare la strada dell'*in house* a qualsiasi "contaminazione".

2. l'art. 16, co. 6, consente alle società *in house* che non si attengono all'obbligo di operare a favore del socio pubblico controllante nella misura almeno pari all'80% di regolarizzare la propria posizione. In particolare, entro 3 mesi dalla data in cui si è manifestata l'irregolarità,

la società *in house* può rinunciare a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali e riportandosi al di sopra della soglia minima dell'80% a favore del socio pubblico controllante.

Questa sanatoria potrebbe dar luogo a comportamenti elusivi e/o opportunistici e, comunque, non appare compatibile con i principi europei sull'*in house*. Si tratta, infatti, di una deroga peggiorativa alle disposizioni sulla concorrenza.

e) Il mancato coinvolgimento dell'AGCM nei procedimenti di dismissione e razionalizzazione periodica successiva (artt. 20 e 25)

Tra i punti più importanti della nuova disciplina, vi è il coinvolgimento della Corte dei conti e dell'AGCM nella fase della costituzione di nuove partecipate pubbliche (art. 5). Si tratta, in particolare, di un potestà di monitoraggio volta a incentivare pratiche virtuose.

Il coinvolgimento dell'AGCM viene invece escluso in sede di razionalizzazione periodica (art. 20) e di revisione straordinaria della partecipazione (art. 25).

Si tratta di una mancanza non giustificabile, anche per ragioni di simmetria rispetto al procedimento di costituzione di nuove società. Peraltro, la mancanza è particolarmente significativa perché le decisioni delle pubbliche amministrazioni nelle richiamate procedure hanno un impatto non solo sulla finanza pubblica (circostanza che giustifica correttamente il coinvolgimento della Corte dei conti), ma anche sulla tutela della concorrenza. Inoltre, l'AGCM potrebbe garantire una tutela più immediata ed efficace, essendo dotata di poteri di impugnativa degli atti amministrativi illegittimi.

f) La trasparenza e la pubblicità dei dati economico-finanziari (art. 18, co. 1, lett. f) della legge delega).

Lo schema di decreto, pur contenendo specifiche disposizioni sulla trasparenza e la pubblicità, non ha dato piena attuazione all'art. 18, co. 1, lett. f) della legge delega: "*promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità*".

La previsione ha la finalità virtuosa di rendere chiari e massimamente trasparenti, soprattutto per l'opinione pubblica, i bilanci e le informazioni patrimoniali e finanziari delle società partecipate. Ciò, in modo tale da garantire un controllo diffuso con funzione di incentivo all'adozione di pratiche virtuose ed efficienti. Si tratta di un'assenza censurabile, perché la trasparenza e la pubblicità rappresentano i principali presidi indiretti all'efficienza delle società partecipate.