

Cira Grippa

I vincoli all'oggetto sociale delle società partecipate dagli enti pubblici

1. Il tema dell'oggetto sociale è centrale nella trattazione delle società partecipate dagli enti pubblici, in quanto è l'attività in cui consiste che "giustifica" l'intervento dell'ente pubblico nelle società stesse, in quanto attività produttrice di utilità economiche rivolte alla realizzazione di fini sociali e di promozione dello sviluppo economico delle comunità locali.

Per le società pubbliche l'oggetto sociale non è solo un limite al potere di gestione degli amministratori, ma assume rilevanza esterna in quanto "serve" a qualificare le società partecipate dagli enti pubblici, siano esse società a partecipazione pubblica e privata, cd. società mista, o società a capitale interamente pubblico (cosiddette società in house) e a connotarne la profonda diversità dalle "società private".

Nello stesso tempo funge da criterio selettivo delle società partecipabili da enti pubblici: gli enti pubblici, infatti hanno la capacità di acquisire o mantenere partecipazioni nelle società in cui la partecipazione è consentita in ragione della corrispondenza dell'oggetto sociale a una delle fattispecie "consentite" dalla legge.

2. La considerazione dell'oggetto sociale delle società partecipate dagli enti pubblici continua ad insistere su due punti fondamentali:

- 1) la esclusività o purezza dello stesso
- 2) la validità delle clausole statutarie che interferiscono con l'operato degli amministratori, ovvero coloro cui per legge spetta esclusivamente la gestione dell'impresa e che incidono, limitandola, sull'autonomia e sulla capacità della società partecipata.

Il primo è un limite diretto, il secondo un limite indiretto all'oggetto sociale delle società partecipate dagli enti pubblici.

Il limite diretto ha come corollario il principio del necessario collegamento stretto tra finalità istituzionale dell'ente e oggetto sociale della partecipata, nonché il parallelo principio del tendenziale rispetto da parte della società partecipata di una operatività limitata al proprio ambito territoriale di riferimento.

Il limite indiretto incide pesantemente, menomandola sull'autonomia gestoria della società.

L'interazione di questi limiti fa delle società partecipate dagli enti pubblici delle società "strutturalmente monocliente e obbligate a non crescere in contrasto con la naturale vocazione dell'impresa"¹.

3. L'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società a partecipazione mista pubblica e privata e a società a capitale interamente pubblico (cosiddette società *in house*) si caratterizza per il controllo esercitato dall'ente committente del servizio sull'attività svolta dalle partecipate.²

¹ LIBERTINI, *La società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *RdS*, 2/2012, 224.

² In tema di società a partecipazione pubblica si veda: IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 22; ID., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, 2005, 1; ID., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, To, 2011, 1.

Il controllo sull'attività, ovvero sulla gestione del servizio affidato³, presuppone l'imposizione di vincoli legali all'oggetto sociale delle società partecipate che trovano legittimazione nella assegnazione alle stesse di finalità pubblicistiche. E' indubbio, infatti, che sia le società miste che le società *in house* affidatarie dei servizi pubblici locali siano soggetti di diritto privato che svolgono un'attività funzionale ad un interesse pubblico.⁴

I vincoli legali erano espressamente statuiti dall'abrogato art. 23-*bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, che disciplinava i servizi pubblici locali di rilevanza economica⁵. Il comma 3 sanciva che la società *in house*, società a capitale interamente pubblico, dovevano svolgere la propria attività

³ Si parla di servizio pubblico locale con riferimento a gestioni produttrici di utilità economiche o socio-economiche che hanno per oggetto diretto e immediato "...beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali..." (art. 112, TUEL).

⁴ Allorquando l'esercizio del servizio pubblico venga affidato ad una società (per azioni) l'interesse pubblico "penetra e colora di sé l'interesse sociale, che cessa di essere quello di perseguire un utile da dividere fra i soci per divenire, soprattutto, quello degli utenti ad avere il servizio migliore possibile". Così COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, 799.

⁵ L'art. 23-*bis* confermava la distinzione operata dall'art. 113 TUEL tra servizi aventi rilevanza economica (ovvero servizi che si innestano in settori per i quali potrebbe esistere una competizione sul mercato) e servizi privi di rilevanza economica (ovvero servizi che, per loro natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, risultano irrilevanti ai fini della concorrenza). Con la sua abrogazione ad opera del referendum del 12 e 13 giugno 2011 è, tuttavia, cambiato molto poco: prima, la norma obbligava l'ente locale ad affidarsi al mercato per la gestione del servizio, adesso viene meno l'obbligo, ma rimane comunque la necessità di optare per il modello di gestione più idoneo (gestione diretta, gestione *in house*, affidamento esterno mediante gara, affidamento a società mista), sulla base di valutazioni che risentono della normativa e dei principi immanenti nell'ordinamento comunitario (art. 106 TFUE).

prevalentemente con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.⁶

Il comma 9 dell'art. 23-*bis* prevedeva invece che sia le società *in house* che le società miste non potessero acquisire la gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi rispetto a quelli per i quali si determinava l'affidamento, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati.

L'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis ha creato un vuoto di normazione statale diretta, ma non ha certo inciso sui principi comunitari che rimangono i soli principi atti a governare la materia.⁷

Ciò significa che l'intera materia è regolamentata a vista in maniera preponderante dagli orientamenti della Corte di Giustizia europea che ritengono il controllo analogo come potere dell'azionista di determinare l'indirizzo strategico e che ritengono la mancanza di vocazione commerciale del soggetto affidatario del servizio elemento corroborante, accanto al controllo analogo e alla destinazione prevalente dell'attività (sentenza Corte di Giustizia Europea 2008, caso Coditel Brodant).

I vincoli della prevalenza dell'attività (per le società *in house*), della esclusività della stessa (sia per le società *in house* che per le società miste), e i (conseguenti) vincoli di territorialità che circoscrivono l'operatività delle società partecipate al territorio dell'ente pubblico⁸ limitavano la capacità giuridica

⁶Il criterio della prevalenza è soddisfatto quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali.

⁷In sostituzione dell'art. 23 bis era intervenuta la disposizione dell'art. 4 della l. n. 148/2011 che, in quanto sostanzialmente riproduttiva delle disposizioni dell'articolo abrogato è stata dichiarata illegittima dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012.

⁸Secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 3 ottobre 2005, n. 5204, l'attività *intra moenia* si presume sia sempre utile e vantaggiosa per la comunità locale di riferimento, mentre quella svolta in ambito extraterritoriale impone la dimostrazione che non comporti danni, ovvero

delle società partecipate oltre i limiti individuati dalla attività che costituisce l'oggetto sociale. Tuttavia, il complesso sistema della gestione dei servizi pubblici locali evidenziava l'insufficienza dei vincoli legali all'oggetto sociale delle società partecipate, proprio ai fini del controllo dell'attività delle stesse. I vincoli statuiti nell'art. 23-*bis* erano sì necessari a consentire il controllo sull'attività delle società affidatarie del servizio, ma non sufficienti a garantire e ad assicurare una situazione in cui tale controllo trasfondesse nella sovraordinazione gerarchica dell'ente pubblico rispetto alla società partecipata. In una prospettiva (politicizzata) di "controllo", che trascende la stessa entità della partecipazione azionaria, il rapporto tra ente locale titolare della gestione dei servizi pubblici locali e società affidataria si traduce in un rapporto di strumentalità che scaturisce, appunto, dall'esercizio della potestà di sovraordinazione gerarchica da parte dell'apparato di governo (decisionale) su quello servente (strumentale) reso possibile da ricorrenti pratiche statutarie, e quindi da vincoli convenzionali, avallate da numerose pronunce giurisprudenziali.

In questa ottica di sovraordinazione gerarchica tra controllante (ente pubblico locale) e controllata (la società, mista o *in house*), normalmente inconfigurabile nei confronti degli organismi di tipo societario, le clausole statutarie sono, tuttora, il mezzo attraverso il quale rendere ancora più stringenti i vincoli legali all'oggetto sociale delle società partecipate.⁹

4. Ciò è possibile soprattutto nel momento in cui si consideri la realtà delle società *in house*, e, quindi, la maggior

non si traduca in un aumento dei costi per tale collettività in termini di aumento di tasse o di tariffe o di peggioramento del servizio.

⁹ Si tratta di "vincoli sostanziali che precludono o limitano lo svolgimento di determinate attività o il compimento di determinati atti o che comunque incidono, limitandola, sull'autonomia gestoria della società", IBBA, *op. ult. cit.*, 13.

parte delle aziende che operano ad oggi nel settore dei servizi di natura imprenditoriale.

Le società *in house* sono società a totale capitale pubblico locale, sulle quali l'ente locale esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture e che svolgono la parte preponderante delle proprie attività con l'ente locale di riferimento.¹⁰

Il carattere di stringente relazione interorganica che intercorre tra la società *in house providing* e l'ente pubblico è uno dei presupposti individuati dalla Corte di Giustizia europea per l'affidamento *in house*.¹¹

La Corte di Giustizia (sez III, 10 settembre 2009, causa C-573/07) ha chiarito che il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla società *in house* può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze in cui: l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi; gli organi statutari sono composti da rappresentanti di detti enti, questi

¹⁰ Il controllo analogo è presupposto fondamentale della relazione "*in house providing*" che si configura solo allorquando tra le parti non si possa identificare l'esistenza di un vero e proprio rapporto contrattuale, non essendo rinvenibile alcuna terzietà sostanziale tra ente locale affidante e società gestore. Ciò si verifica "...solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano" (Sent. Teckal, C.G.E. 18 novembre 1999, causa C-107/98).

¹¹ La possibilità dell'affidamento *in house* è legata al fatto che la società possieda i seguenti requisiti: deve essere a capitale interamente pubblico di tipo chiuso; l'ente o gli enti pubblici, titolari del capitale sociale, debbono poter esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; deve sussistere l'ulteriore condizione che la società svolga la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano.

ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società.

Tali orientamenti si spingono fino a ritenere opportuni, ovvero necessari, meccanismi di controllo pubblico sui poteri conferiti all'organo amministrativo societario, anche nelle società *in house*, in quanto la partecipazione totalitaria non assicurerebbe il controllo analogo.

5. Condivisa l'impostazione comunitaria, anche nel nostro Paese la valutazione della sussistenza del requisito del controllo analogo deve essere fatta non più in astratto, avendo riguardo alla titolarità del capitale sociale, ma in concreto, avendo cioè riguardo all'assetto organizzativo apprezzato alla stregua dei singoli statuti che, obbligatoriamente, devono prevedere "che la società sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare, le deliberazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attività sociale, quali il bilancio...l'organigramma, il piano di investimenti...dovranno essere approvati dagli enti locali partecipanti alla società. Gli amministratori e il direttore delle SpA saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari" (circolare 6 dicembre 2004 del Ministero dell'Ambiente).¹²

¹²La ricerca di meccanismi idonei ad integrare un rapporto di delegazione interorganica ha portato alla creazione, per via statutaria, di organi esterni alla struttura societaria (come la cd assemblea intercomunale di coordinamento) che pur intervenendo con indirizzi e/o pareri obbligatori ancorché non vincolanti, incidono sui sistemi di *governance* delle società

La realtà delle società *in house* sembra “contaminare” anche le società miste, rispetto alle quali, però, non è configurabile un controllo delle amministrazioni pubbliche locali idoneo ad integrare un rapporto di delegazione interorganica.

Nelle società miste al socio privato spetta di fornire il servizio affidato alla società, mentre al socio pubblico è affidata una funzione di controllo attraverso la partecipazione azionaria e la sua azione all’interno degli organi decisionali dell’impresa.

Ma anche negli statuti delle società miste decisiva importanza hanno assunto le clausole che delimitano l’ampiezza dei poteri del consiglio di amministrazione, i quali se troppo estesi o comunque tali da permettere agli amministratori di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell’oggetto sociale, possono sacrificare in modo rilevante i poteri del socio o dei soci pubblici.

Dalla sintetica analisi della natura e dei tipi di vincoli all’oggetto sociale delle società partecipate, *in house* o miste, si evince che tali vincoli operano direttamente attraverso la circoscrizione della capacità di diritto delle stesse, e ciò attraverso i vincoli, statuiti per legge, della esclusività dell’oggetto sociale, della inibizione di forme di interventismo mercatistico da parte delle società partecipate, del divieto di

partecipate, o anche sulla ripartizione dei poteri attribuiti agli organi societari. Un siffatto organo non trova previsione in nessuna disposizione statutaria di società di capitali.

espansione territoriale, che determinano, nel loro insieme, la sostanziale immodificabilità dell'oggetto sociale.

Ma i vincoli all'oggetto sociale sono altresì, e ancor più, i vincoli che operano indirettamente sullo stesso attraverso la previsione di clausole statutarie che limitano i poteri degli amministratori, nonostante la norma dell'art. 2380-*bis* c.c. reciti che “la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”.

Ma l'art. 2380-*bis* c.c. è considerato nel sistema della riforma delle società di capitali una vera e propria disposizione di principio¹³ non superabile da clausole statutarie che prevedano lo spostamento di competenza dall'organo amministrativo all'assemblea o a organi atipici.¹⁴

La situazione che si verifica è, invece, quella in cui gli amministratori delle società affidatarie si ritrovano così a poter compiere operazioni necessarie al conseguimento dell'oggetto sociale, ma non tutte le operazioni che vi rientrano, in quanto non possono compiere atti estranei ai fini dell'ente pubblico, anche se rientranti nell'oggetto sociale.

Il sistema, in questo modo, manifesta la sua debolezza: non ritiene sufficiente la previsione della esclusività dell'oggetto sociale, ma ricorre a clausole statutarie che, oltre ad essere

¹³ Così ABRIANI, *Sub 2380-bis*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 669 ss.

¹⁴ Come chiaramente avverte LIBERTINI, *La società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *RdS*, 2/2012, 224 ss.

contrarie alle disposizioni di legge (art. 2380-*bis* c.c.) sono, attualmente, contrarie al principio di efficienza produttiva, e quindi, di efficienza nella gestione dell'impresa, supportato dai processi di liberalizzazione in atto.

Si percepisce allora l'intento di ridurre il perimetro delle società pubbliche e delle società in house in particolare, che in prospettiva dovrebbero scomparire del tutto, in quanto di fatto hanno impedito al settore dei servizi di svilupparsi in modo efficiente, riducendo lo spazio dei privati e, quindi, limitando la concorrenza.

In questo senso, allora, risultano insufficienti le regole finalizzate a riequilibrare la situazione finanziaria di enti locali in difficoltà, a favorire la trasparenza e la riduzione dei costi, in quanto non vengono risolti i problemi dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali.