

VIII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI  
PROFESSORI UNIVERSITARI  
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"IL DIRITTO COMMERCIALE VERSO IL 2020: I GRANDI DIBATTITI IN CORSO,  
I GRANDI CANTIERI APERTI"

ALESSANDRO MORINI

*Azioni con prestazioni accessorie e società miste. Ricostruzione  
teorica e rilevazione concreta di un modello organizzativo delle società a  
partecipazione pubblica*

SOMMARIO: 1. Premesse intorno all'opinione corrente circa il limitato utilizzo delle azioni con prestazioni accessorie. - 2. Le società miste rappresentano una eccezione rispetto alla consolidata opinione sul limitato impiego delle azioni con prestazioni accessorie: evoluzione dell'utilizzo concreto. - 3. L'utilizzo delle azioni con prestazioni accessorie nelle società miste rappresenta una anomalia rispetto alla evoluzione storica di tale tipologia di azioni. - 4. Le ragioni che hanno condotto all'impegno diffuso delle azioni con prestazioni accessorie in favore del socio "industriale" che partecipa alla società mista. - 5. Le prestazioni accessorie del socio nell'ambito delle società miste affidatarie della gestione del ciclo dei rifiuti. - 6. La deformazione del modello codicistico del tipo delle azioni con prestazioni accessorie: in particolare l'infungibilità del socio e i conseguenti effetti sul regime di erogazione delle prestazioni da parte del socio ad esse onerato. - 7. Appendici.

**1. Premesse intorno all'opinione corrente circa il limitato utilizzo  
delle azioni con prestazioni accessorie.**

Una tradizionale affermazione vuole che le azioni con prestazioni accessorie debbano ritenersi fenomeno episodico e di limitato impiego <sup>(1)</sup>;

---

<sup>(1)</sup> Il rilievo deriva dalla risalente osservazione secondo cui: «L'istituto non ha avuto sinora presso di noi alcuna concreta applicazione. Esso non viene adottato neppure dalle società costituite a scopo di consorzio fra imprenditori, alle cui esigenze potrebbe forse rispondere. Anche in questi casi gli interessati preferiscono ricorrere ad altri strumenti giuridici. Una certa diffusione esso ha invece in Germania (§ 50 della legge azionaria tedesca del 1937) dove, di conseguenza, anche la dottrina e la giurisprudenza ne hanno fatto oggetto di esame. La considerazione dello scarsissimo impiego - più

tuttavia autorevole dottrina osservò che un simile rilievo necessitava di verifica concreta <sup>(2)</sup>: per tale ragione, nel corso del tempo, si sono ripetute indagini dirette ad individuare i concreti utilizzi di tale categoria di azioni <sup>(3)</sup>. Tutto ciò non ha avuto l'effetto di mutare significativamente l'orientamento consolidato <sup>(4)</sup>.

---

esattamente, del nessun impiego - che presso di noi la pratica ha fatto dell'istituto, consiglia di limitarci ad alcune brevi osservazioni» (B. Visentini, voce *Azioni i società*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV); la citata considerazione di Visentini era stata preceduta dagli incisi «e, salva l'ipotesi particolare, di scarsa verifica pratica, delle azioni con prestazioni accessorie» e «dovendosi però notare che l'ipotesi di prestazioni accessorie è tra noi rarissima nella pratica» (rispettivamente L. Mengoni, *Appunti per la revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 459 e T. Ascarelli, *Sui limiti statutari alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 361) i quali sono stati successivamente riproposti, seppure con forme lessicali leggermente diverse: «non sembra da noi aver avuto alcuna concreta applicazione nella pratica» (A. Mignoli, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 122), «l'utilizzazione dell'istituto (n.d.r. prestazioni accessorie) - che nella pratica ha trovato, peraltro rari riscontri» (G.B. Portale, *I conferimenti in natura «atipici» nella s.p.a.*, Milano, 1974, p. 9).

<sup>(2)</sup> «L'ipotesi dell'art. 2345 meriterebbe a sua volta di essere riesaminata e completata, previo un esame della nostra realtà economica che accerti quali siano le nostre esigenze e le nostre pratiche in questo campo» T. Ascarelli, *Sui limiti statutari alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, cit., p. 401.

<sup>(3)</sup> in questo senso si segnalano i tentativi di D. TESTI, *Il capitale sociale nella prassi statutaria*, in *Giur. com.*, 1979, I, 567 e spec. 583 nonché le indicazioni fornite da G.B. PORTALE, *I conferimenti in natura «atipici» nella s.p.a.*, cit., 9. Naturalmente vi erano dei settori che, al contrario, erano usi utilizzare lo strumento delle azioni con prestazioni accessorie; come accade per le società per azioni che esercitano l'attività di revisione legale dei conti: su cui E. Cusa, *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale*, Università degli Studi di Trento, 1997 § 20 ss. e Notariato, *Prestazioni accessorie, azioni riscattabili, necessità di diverse categorie azionarie*, Quesito di Impresa n. 1205-2014/L; ovvero nella transizione tra agenti di cambio e società di intermediazione mobiliare: cfr. L. Buzzi, *Le azioni con prestazioni accessorie: agenti di cambio e SIM*, in *Riv. soc.*, 1991, 245.

<sup>(4)</sup> Anche nelle più recenti monografie dedicate al tema, infatti, si legge: «Peraltro, se si guarda al rilievo economico del fenomeno, al di fuori del settore agricolo le prestazioni accessorie sono state, fino al momento, scarsamente rilevanti» (G. Bertolotti, *Società con prestazioni accessorie*, Milano, 2008, p. 7), Infatti si ritengono fungibili ai nuovi strumenti messi a disposizione dalla novella societaria (G. Olivieri, *Commento all'art. 2345 cod. civ.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. d'Alessandro, Padova, 2010, e più in generale S. Patriarca, *C'è un futuro per le prestazioni accessorie?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 331).

## **2. Le società miste rappresentano una eccezione rispetto alla consolidata opinione sul limitato impiego delle azioni con prestazioni accessorie: evoluzione dell'utilizzo concreto.**

Pertanto si deve considerare una eccezione al quadro delineato la circostanza che numerose società miste <sup>(5)</sup> utilizzino nei propri statuti lo strumento delle azioni con prestazioni accessorie <sup>(6)</sup>; lo scopo di queste brevi considerazioni è rappresentato, quindi, dall'analisi delle ragioni che conducono all'impiego di tali azioni nelle società miste <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Il sintagma «società mista» al pari di altri consimili («società a partecipazione pubblica privata» società " a capitale misto ", società " a partecipazione mista ") presenta un elevato grado di genericità. A questo scopo si intende, in questa sede, circoscrivere il fenomeno alle ipotesi in cui il socio privato viene selezionato a seguito di una procedura competitiva avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio di cui la società riceve l'affidamento diretto (cfr. da ultimo M. CALCAGNILE, *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. TAR* 2012, 11, 3713). Restano invece escluse le società nelle quali ai casi in cui il socio privato scelto a gara svolge materialmente di tutte le attività: infatti, in questo caso, si è, piuttosto, in presenza dell'individuazione in via mediata del soggetto esecutore delle prestazioni in favore del pubblico senza necessità di affidamento diretto della gestione del servizio stesso alla società; non vi è, tuttavia, consenso sull'esclusività dello svolgimento da parte del socio privato dell'intera attività e la conseguente natura della società mista come semplice ente di coordinamento (cfr. in tal senso Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007 n. 456, , in *www.giustamm.it*; Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012 n. 2348, in *banca dati dejuregiuffre.it*). Infatti si ammette che l'assenza di precise indicazioni legislative (cfr. Cons. St., ad.plen. 3 marzo 2008 n. 1, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, 740 e ss p.to 12 nonché M.P. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico-privato*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, 2009, 8) consentirebbero di riservare al socio privato lo svolgimento solo di talune attività e, conseguentemente, di attribuire natura operativa alla società mista. In taluni settori, quali, ad esempio quelli afferenti i rapporti concessori con attività composite ovvero nell'ambito delle società di progetto (di cui nel regime previgente all'art. 156 D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e, quindi, da gestirsi da parte di una pluralità di soggetti, la possibilità di rendere da parte dei soci - alla società titolare del rapporto concessorio - servizi o prestazioni, si rappresenta particolarmente interessante; ciò, in particolare, nel caso in cui la società titolare del rapporto sia per legge assoggettata a meccanismi di selezione dei propri fornitori attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica.

<sup>(6)</sup> Si vedano a questo scopo gli esempi riportati nelle Appendici e quelli citati nel testo e nelle note corrispondenti.

<sup>(7)</sup> Cfr. G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2008, p. 217 nonché ID., *Qualche considerazione sull'istituto delle "prestazioni accessorie" al conferimento in società per*

A questo scopo verrà evidenziata l'evoluzione dell'impiego delle azioni con prestazioni accessorie da parte delle società miste, le ragioni normative su cui poggia tale utilizzo nonché le specificità che le caratterizzano. Successivamente verranno comparate le tipologie di prestazioni accessorie utilizzate nell'ambito delle società miste con quelle di cui ha evidenza nell'evoluzione storica.

La tassonomia delle azioni con prestazioni accessorie impiegate dalle società miste può essere orientata tenendo in conto del momento storico in cui esse vennero emesse: il criterio cronologico consente, infatti, di rendere conto dei divergenti meccanismi previsti per l'erogazione delle prestazioni da parte del socio privato "industriale".

In proposito è opportuno osservare l'esistenza di una evidente cesura tra la disciplina statutaria delle azioni con prestazioni accessorie emesse prima del definitivo consolidamento dell'orientamento comunitario relativamente agli assetti del partenariato pubblico privato e quelle che, al contrario, *ratione temporis*, di esso recepiscono integralmente le risultanze <sup>(8)</sup>.

E', infatti, indubbio che la prassi societaria abbia impiegato le azioni con prestazioni accessorie fin dall'avvio dell'esperienza delle società a

---

azioni e sulla loro riferibilità al modello della società mista pubblico-privata, [www.public-utilities.it](http://www.public-utilities.it).

<sup>(8)</sup> Pur senza pretesa di completezza si possono portare a testimonianza dell'impiego delle azioni con prestazioni accessorie nell'arco di tempo complessivamente indicato nel corpo del testo: i casi relativi alla gestione del ciclo idrico integrato (Genova Acque S.p.A.; Am.Ter. S.p.A.; Idrotigullio S.p.A.; Acque Potabili Siciliane S.p.A.); nel settore del ciclo dei rifiuti [(Tecnoborgo S.p.A.; Trattamento Rifiuti Metropolitani S.p.A.; Tirrenoambiente S.p.A.; Azienda Multiservizi Igiene Ambientale Torino S.p.A.) sulle cui ultime due esperienze torinesi (TRM e AMIAT) cfr. AGCM, *Comune di Torino - Gestione servizi ambientali*, in *Bollettino* 20 giugno 2012, n. 20, 92]; Te.Am S.p.A. (con un singolare caso di impiego sia di azioni correlate che di azioni con prestazioni accessorie che sembra, in tutto, riproporre quanto avanzato da GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in AA.VV., *La società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 113 ma cfr. *contra* - con riferimento allo statuto di AIMAG S.p.A. - ARATO, *Le azioni correlate*, Torino, 2012, 234 ); nella vendita di energetici (Acos Energia S.p.A.); nei multiservizi (Aimag S.p.A.); nelle farmacie [Comunicazione Consob 18 marzo 2005, n. DEM/DME/5017297; Farmacie Comunali Torino S.p.A. (sebbene si noti in quest'ultimo caso come le prestazioni richieste al socio privato aggiudicatario della gara non vengano declinate come "azioni con prestazioni accessorie" ma restino confinate nell'ambito del contratto di servizio e nell'atto di impegno del socio privato)]; costruzione e gestione di reti stradali (Quadrilatero S.p.A.).

partecipazione mista pubblico privata <sup>(9)</sup> allorquando il legislatore ne decretò la piena legittimità normativa prevedendo <sup>(10)</sup>, dapprima, la partecipazione minoritaria del socio privato e, successivamente, anche quella maggioritaria <sup>(11)</sup>.

Peraltro tale definitivo riconoscimento coincide, anche, con la contestuale riforma della gestione di uno dei servizi pubblici locali a rilevanza economica che più diffusamente utilizza le azioni con prestazioni accessorie <sup>(12)</sup> cioè il servizio idrico integrato.

Una simile contestualità è, probabilmente, da attribuirsi all'oggettiva necessità di consentire alle società chiamate allo svolgimento dei servizi di acquisire quelle competenze gestionali ed industriali specifiche che la rinnovata disciplina richiedeva ai soggetti affidatari <sup>(13)</sup>.

Il percorso delineato si presentava, tuttavia, geneticamente viziato dal fatto che la sola scelta del socio privato avveniva mediante procedure ad evidenza pubblica, mentre l'affidamento della gestione del servizio alla società così partecipata - ed il relativo privilegio - era attribuito dall'ente

---

<sup>(9)</sup> Cfr. Amter S.p.A. (Appendice 1); Idrotigullio S.p.A.; Tecnoborgo S.p.A. (Appendice 3).

<sup>(10)</sup> Cfr. dall'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142 con la quale venne ammessa per la prima volta la società mista quale forma di gestione dei servizi pubblici locali; in dottrina M. DUGATO, *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001, 23

<sup>(11)</sup> Cfr. l'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498 che affrancato la società per azioni mista dal vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, prevedendo, tuttavia l'obbligo della procedura concorsuale dell'evidenza pubblica per la scelta dei soci privati in sede di costituzione della società.

<sup>(12)</sup> Si allude alla c.d. "Legge Galli" (L. 5 gennaio 1994, n. 36 Disposizioni in materia di risorse idriche) con la quale venne introdotta la riforma organica della gestione del servizio idrico integrato. Non è dunque casuale che l'art. 9 comma 2 L. 5 gennaio 1994, n. 36 prevedesse il richiamo alle norme relative alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali e disponesse che: « I comuni e le province provvedono alla gestione del servizio idrico integrato mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, come integrata dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498».

<sup>(13)</sup> Se si confrontano le prestazioni accessorie previste negli statuti di Am.Ter S.p.A. (Appendice 1) ed Idrotigullio S.p.A. si ha modo di osservare che esse corrispondono a talune delle specifiche attività che il legislatore richiede siano svolte dal gestore del servizio quali ad esempio: le attività di manutenzione e risanamento delle reti (art. 5 comma 1 lett. a) L. 5 gennaio 1994, n. 36); attività di ricerca e riduzione delle perdite di rete (art. 5 comma 1 bis legge cit.).

affidante direttamente senza il rispetto delle regole concorrenziali <sup>(14)</sup>. Perciò nei casi appena descritti è dato osservarsi una notevole genericità nella descrizione delle prestazioni accessorie cui il soggetto privato – vincitore della gara per la cessione della partecipazione – avrebbe dovuto obbligarsi; esse, infatti, erano lasciate alla fantasia ed alle competenze dei redattori del bando di gara e dei relativi documenti statuari. Non si verificava, in questo periodo di tempo, alcuna correlazione tra la scelta del socio e l'individuazione delle competenze che esso avrebbe dovuto apportare alla società gestrice del servizio, tanto che, in taluni casi, vincitrice della procedura ad evidenza pubblica risultò essere una istituzione finanziaria la quale, evidentemente, non avrebbe potuto in alcun caso apportare capacità o conoscenze industriali.

Per le ragioni genetiche relative alle modalità di scelta del socio sopra evidenziate, nell'ambito comunitario, dopo aver avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia su tale tema <sup>(15)</sup>, divenne oggetto di consultazione pubblica la scelta del regime giuridico più adeguato per i rapporti di partenariato pubblico privato <sup>(16)</sup>; il dibattito e le direttive disegnate a livello comunitario considerarono impercorribile la strada di una duplice gara concernente sia l'affidamento del servizio che la partecipazione alla società <sup>(17)</sup>; si ritenne, quindi, comunque coerente con i principi di trasparenza nell'affidamento della gestione di servizi (o più in generale degli appalti) la circostanza che la gara relativa alla scelta del socio privato della società affidataria del servizio implicasse necessariamente la necessità che il socio così scelto fosse un socio "industriale": cioè tenuto a svolgere in favore della società specifici

---

<sup>(14)</sup> Tale risultava essere il quadro normativo anche a seguito dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali) nella cui originaria stesura veniva ritrasposto il contenuto dall'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142 e dell'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498.

<sup>(15)</sup> Per tale ragione venne emessa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri la Circ. 19 ottobre 2001, n. 12727, In G.U. 13 novembre 2001, n. 264.

<sup>(16)</sup> Cfr. *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004 COM(2004) 327.

<sup>(17)</sup> Cfr. Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 5 febbraio 2008, n. 6661, in G.U.C.E. 2008/C 91/02: «la Commissione ritiene che una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile».

“compiti operativi” (c.d. gara a doppio oggetto) non già genericamente previsti, ma preventivamente determinati prima della gara, la cui eventuale successiva modificazione nel corso dell'affidamento ne avrebbe comportato la reiterazione <sup>(18)</sup>.

Peraltro un contestuale processo evolutivo delle normative di settore <sup>(19)</sup> ha avuto l'effetto di circoscrivere l'area di potenziale utilizzo delle prestazioni accessorie (da intendersi come sinonimo dei “compiti operativi” previsti dalla normativa europea) e, perciò, a focalizzarsi negli ambiti della gestione delle farmacie comunali <sup>(20)</sup>, del ciclo integrale del

---

<sup>(18)</sup> Cfr. Comunicazione sui partenariati pubblico privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, 15 novembre 2005, COM (2005) 569; cui fece seguito la risoluzione del Parlamento Europeo 26 ottobre 2006, P6\_TA(2006)0462 nella quale si chiedevano alla Commissione chiarimenti alla Commissione Europea sull'applicazione della legislazione in materia di appalti pubblici alla costituzione di imprese miste nel contesto dell'aggiudicazione di un appalto o di una concessione: a tale richiesta fu risposto con la *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 5 febbraio 2008, n. 6661, in G.U.C.E. 2008/C 91/02. In essa si prevedeva che: «Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto» (corsivo aggiunto).

<sup>(19)</sup> Le limitazioni dello spettro di azione della legislazione in materia di servizi pubblici locali derivano dalla predisposizione delle normative di settore per quanto attiene alla distribuzione ed alla vendita di gas (D. lgs. 23 maggio 2000, n. 164 ) energia elettrica (D. lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ) e teleriscaldamento. Ciò non deve significare che, anche in tali settori, non vengano impiegate le azioni con prestazioni accessorie (cfr. Appendice Acos Energia S.p.A.).

<sup>(20)</sup> Peraltro, con specifico riferimento alla gestione delle farmacie comunali, si deve osservare che, da un lato, esse sono oggetto di specifiche normative, in conseguenza degli interessi pubblici sottesi al settore della salute (per la ricostruzione della divaricazione normativa dei modelli di gestione delle farmacie comunali (L. 23 agosto 2004, n. 239) rispetto agli altri servizi pubblici locali, (sul coordinamento delle relative discipline e le correlate ragioni cfr. da ultimo S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, 419 e ID., *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione, specialità*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1787 ) e, dall'altro, la s.r.l. è il modello societario maggiormente impiegato per attuare l'intervento del socio privato alla cui quota accedono prestazioni accessorie (cfr. *ex multis* gli statuti di Farmacia Comunale Cesenatico s.r.l.; Farmacia Comunale di S.

servizio idrico e in quello dei rifiuti e, in termini più estesi ma con significative interferenze con i precedenti settori, laddove il socio privato dovesse svolgere, in favore della società partecipata, attività riconducibili agli appalti ed all'esecuzione di opere: ciò anche in ragione della franchigia riconosciuta dalla normativa nazionale in favore del socio - per quanto attiene all'affidamento di appalti da parte di società che svolgono la gestione di servizi pubblici o che debbono realizzare opere pubbliche - costituita dall'esonero dalle procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione del soggetto esecutore dell'opera <sup>(21)</sup>.

Il percorso così brevemente delineato - relativamente al ruolo del socio privato nelle società miste nonché alla sua attuazione per il tramite della titolarità di azioni con prestazioni accessorie - caratterizzato dalla frammentarietà delle scelte e dalla diffusione di modelli frutto della singolarità dei casi, ha trovato la propria consacrazione definitiva nel recente Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (c.d. riforma Madia) <sup>(22)</sup> il quale prevede che per le società costituite per «realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2» [art. 4 comma 2 lett. c)], «gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato» [art. 17 comma 4 lett. c)].

---

Lucia di Piave s.r.l.; Farmacia Comunale di Crevalcore s.r.l.). Nei casi in cui viene impiegata la s.p.a. (cfr. Farmacie Comunali Torino S.p.A.) si nota come le prestazioni richieste al socio privato aggiudicatario della gara non vengano declinate come "azioni con prestazioni accessorie" ma restino confinate nell'ambito del contratto di servizio e nell'atto di impegno del socio privato.

<sup>(21)</sup> Cfr. art. 32, comma 3° dell'allora vigente Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006): « Le società di cui al comma 1, lettera c) non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo».

<sup>(22)</sup> D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Sembra, quindi, esserci realizzato, anche sul piano normativo, quanto già riconosciuto dalla prassi operativa ed auspicato dalla stessa dottrina la quale individuava proprio nelle società miste il luogo per il rilancio applicativo delle azioni con prestazioni accessorie <sup>(23)</sup>.

### **3. L'utilizzo delle azioni con prestazioni accessorie nelle società miste rappresenta una anomalia rispetto alla evoluzione storica di tale tipologia di azioni.**

L'assetto <sup>(24)</sup>, così sinteticamente, delineato nel quale il socio privato - sostanzialmente - tramite il meccanismo delle prestazioni accessorie esegue una prestazione a favore dell'amministrazione seppure tramite la società che la propria presenza unita a quella dell'ente pubblico - ove posto in comparazione al modello tradizione delle prestazioni accessorie - sembra contenere rilevanti variazioni quanto a contenuti, disciplina e fonte dell'obbligo, a carico del socio privato di tali società rispetto alla tradizionale impostazione delle azioni con prestazioni accessorie.

Anzi, si può dimostrare che gli ordinamenti che non conoscono l'istituto delle azioni con prestazioni accessorie debbono tale carenza proprio al particolare modello di somministrazione in favore delle pubblica amministrazione che essi adottano: per tali ragioni l'impiego delle azioni con prestazioni accessorie nelle società miste appare una evidente torsione innovativa dello schema delle prestazioni accessorie per come ci è stato consegnato dalla evoluzione storica e comparata.

Pare dunque opportuno muovere da una breve descrizione dell'origine ed evoluzione storica delle azioni con prestazione accessorie allo scopo di meglio evidenziare le difformità che si riscontrano nella prassi societaria delle società miste.

Appare ormai consolidato il riconoscimento che, dal punto di vista storico, la genesi delle azioni con prestazioni accessorie si deve - sul finire del secolo diciannovesimo - al settore della barbabietola da zucchero in

---

<sup>(23)</sup> Cfr. LAURINI, *Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche*, in FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 125; GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in AA.VV., *La società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 113; DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1094.

<sup>(24)</sup> Per questa evoluzione, nella vastissima letteratura, cfr. anche V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 385; C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione del modello?*, in *Urbanistica e appalti*, 2003.

Germania <sup>(25)</sup>; tale assunto conserva tuttora validità <sup>(26)</sup> ed, anzi, si ripete, talora, che la presenza di azioni con prestazioni accessorie resti confinata al solo settore agricolo <sup>(27)</sup>.

L'evoluzione, prima nella prassi societaria e, poi, nella normativa del fenomeno delle prestazioni accessorie, associato alle azioni e, successivamente, alle quote di s.r.l., è, tuttavia, l'esito finale di una complessa evoluzione – specificatamente e unicamente tedesca – della somministrazione.

Si deve a Mossa <sup>(28)</sup> aver individuato, in tempi ormai risalenti <sup>(29)</sup>, da un lato, la strettissima correlazione tra lo schema della

---

<sup>(25)</sup> Si tratte delle c.d. *Zuckerrübenaktiengesellschaften* (sulla cui origine diffusamente E. N. WOLFF, *Über die Rübenlieferungspflicht der Aktionäre von Zuckerfabriken*, in Z.H.R. 32 (1886), 21); in tali società per azioni i coltivatori di barbabietole sottoscrivevano una minima frazione del capitale sociale e si obbligavano ad apportare ad un prezzo predeterminato la propria produzione, assicurando in tale modo alla società la fornitura costante di materia prima. Tuttavia, all'origine, le clausole statutarie che prevedevano le prestazioni accessorie erano varie, imprecise e tra loro molto differenti (cfr. K. LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Berlin, 1898, I, 224-227). A seguito del fallimento nell'ottobre del 1867 della società *Zuckersiederei-Companie* di Bernburg sorsero una serie di controversie con i soci-agricoltori relativamente all'applicazione degli artt. 10 e 12 dello statuto ed all'applicazione della penale prevista per mancato apporto delle barbabietole promesse. Successivamente il *Reichsgericht* chiamato a pronunciarsi scelse di individuare in tali pattuizioni statutarie un autonomo contratto estraneo alla sfera societaria; a tale orientamento faranno seguito una estesa serie di decisioni successive (sulla giurisprudenza del *Reichsgericht* negli anni '90 del XIX sec. Cfr. E. WOLFF, *Die Aktien-Zuckerfabriken von dem Reichsgericht*, in *ArchBürB*, 3 (1890), 293 ss.).

<sup>(26)</sup> Cfr. Corte giustizia Comunità Europee, Sez. VI, 17 novembre 1993, n. 134/92.

<sup>(27)</sup> Anche nelle più recenti monografie dedicate al tema, infatti, si legge: «Peraltro, se si guarda al rilievo economico del fenomeno, al di fuori del settore agricolo le prestazioni accessorie sono state, fino al momento, scarsamente rilevanti» (G. BERTOLOTTI, *Società con prestazioni accessorie*, Milano, 2008, p. 7). Si deve, però, notare che in conseguenza dei regimi vincolistici in materia di scambi agricoli originati dalla legislazione comunitaria e successivamente fatti propri dai singoli paesi (cfr. ad esempio per la Francia) la libertà negoziale nei rapporti tra socio e società in tale settore appaia se non esclusa certamente largamente compressa: cfr. su questa complessa materia da ultimo A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art 62 della legge 24 marzo 2012 n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agrario*, 2012 (4), 545 ss.

somministrazione tedesca - nella sua peculiare evoluzione - e le prestazioni accessorie dell'azionista e soprattutto, dall'altro, le differenze con la somministrazione francese e, conseguentemente, la loro incompatibilità con gli schemi societari di tale paese: il che costituì la concausa preminente della mancata recezione nell'ordinamento francese delle quote con prestazioni accessorie <sup>(30)</sup>.

L'ordinamento francese, per le peculiari ragioni di riparto giurisdizionale che l'Ordinanza del 1673 voleva attuare, collocò la somministrazione nella competenza dei tribunali commerciali sancendone la natura "commerciale"; venne ribadita, poi, nel *Code du Commerce* sotto la specie *dell'enterprise des fournitures*; cosicché, da un lato, la somministrazione come contratto perdeva il proprio spazio e, dall'altro, si sottraevano le forniture pubbliche alla giurisdizione dei tribunali amministrativi <sup>(31)</sup>. Ma in questo modo si accentuava il profilo della periodicità della prestazione: elemento che caratterizza le forniture pubbliche; dal codice francese il modello si propagò alle altre legislazioni <sup>(32)</sup>.

Fa eccezione a questo quadro proprio l'evoluzione della somministrazione in Germania. Già nota alla legislazione bavarese per la

---

<sup>(28)</sup> Cfr. L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, Padova, 1957, 287 nt. 27: «La storia di questa società (n.d.r. società con prestazioni accessorie) è legata alla somministrazione».

<sup>(29)</sup> Cfr. L. MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Sassari, 1914 (ma Roma, 1915), 53 e 145.

<sup>(30)</sup> Cfr. A. Morini, *Prestazioni accessorie ad azioni o quote di società: appunti sulla propagazione di un modello legislativo*, in *Riv. soc.*, 2015, 700.

<sup>(31)</sup> Questo profilo della stretta relazione tra forniture pubbliche e somministrazione risulta evidente anche nella tradizione giuridica italiana tributaria del modello francese: «Le principali imprese di somministrazione sono quelle della illuminazione pubblica; dell'acqua potabile; della manutenzione, politura o inafiatura delle vie (...)» L. BOLAFFIO, *Leggi ed usi commerciali Atti di commercio Dei Commercianti Dei libri di commercio*, in *Codice di commercio Commentato*<sup>6</sup>, Torino, 1935, 274. Per la progressiva emersione della somministrazione come autonomo contratto G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 178.

<sup>(32)</sup> Cfr. L. MOSSA (nt. 18), 35 ss. Per la ricostruzione storica della somministrazione cfr. R. CORRADO, *La somministrazione*<sup>3</sup>, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1963, 5; G. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1970, 77; O. CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, XI, 821 (ove ulteriori riferimenti).

somministrazione di birra del 1727, fu poi anche regolata dal *Landrecht* del 1 giugno 1794 e, successivamente, come autonomo contratto nel Codice di commercio del 1862 sulla base delle regole consuetudinarie e statutarie delle città anseatiche: quindi con caratteri del tutto diversi da quelli francesi; in Germania la somministrazione aveva natura commerciale in ragione dell'acquisto della merce da parte del somministrante allo scopo di somministrarla: ciò comprime il rilievo della periodicità in favore della natura speculativa del contratto nato per lucrare il differenziale tra approvvigionamento del somministrante e successivo corrispettivo della somministrazione.

Per tali ragioni le prestazioni accessorie apparirebbero sostanzialmente incompatibili con l'erogazione a favore della pubblica amministrazione.

#### **4. Le ragioni che hanno condotto all'impegno diffuso delle azioni con prestazioni accessorie in favore del socio "industriale" che partecipa alla società mista.**

Verrebbe, dunque, da domandarsi quali siano le motivazioni che hanno condotto ad un impegno diffuso di tale tipo di azioni nel contesto della scelta del socio operativo delle società miste in occasione della "privatizzazione" dei servizi pubblici locali.

Per dare una spiegazione che colga effettivamente la valenza che la pratica ha riconosciuto alle azioni con prestazioni accessorie occorre entrare con maggior dettaglio nella posizione del socio privato di società mista in relazione alla tipologia di servizi pubblici locali oggetto di gestione concessoria da parte della società stessa.

In una prima fase le azioni con prestazioni accessorie si sono sviluppate nell'ambito della gestione del servizio idrico integrato <sup>(33)</sup> ed avevano, e prevedevano in modo alquanto generico i "compiti operativi" che il socio industriale avrebbe dovuto eseguire nei confronti della società; in particolare non era previsto nel dettaglio la disciplina delle prestazioni promesse né soprattutto il corrispettivo previsto, visto che la prima era lasciata alla regolazione caso per caso e il secondo era oggetto del confronto con il mercato.

---

<sup>(33)</sup> Cfr. Genova Acque S.p.A.; Am.Ter. S.p.A. (Appendice 1); Idrotigullio S.p.A.

La ragione di tutto ciò va individuata nel meccanismo tariffario allora vigente <sup>(34)</sup> il quale remunerava i costi operativi del gestore con modalità fisse e costanti ma attribuiva un rendimento garantito sul capitale investito dalla società gestrice nella immobilizzazioni materiali realizzate afferenti al servizio. Per tale ragione non vi era interesse da parte del socio ad incrementare l'ammontare del conferimenti nella società poiché gli stessi – in ogni caso – non avrebbero potuto comunque mai ottenere un ritorno finanziario sull'*equity* investita superiore al rendimento massimo previsto dalla tariffa <sup>(35)</sup> ed in ogni caso assoggettato all'aleatorietà dell'utile di esercizio; al contrario svolgendo compiti operativi nei confronti della società questi avrebbero rivestito la natura di costi operativi del servizio e sarebbero stato oggetto di normale pagamento a titolo di corrispettivo per il servizio e/o l'opera prestata a favore della società.

Tale situazione ha assunto, a seguito delle modificazioni della metodologia tariffaria applicabile in conseguenza dei referendum abrogativi del metodo tariffario sopra descritto <sup>(36)</sup>, una portata ancor più radicale; infatti la scelta del legislatore italiano, a differenza di altri modelli operanti in altri paesi comunitari, è stata quella di attuare la regolazione delle modalità di gestione del servizio idrico integrato non tramite strumenti di scelta dell'operatore o altre metodologie quanto piuttosto attraverso lo strumento della tariffa del servizio medesimo <sup>(37)</sup>. Da ciò il

---

<sup>(34)</sup> C.d. Metodo Normalizzato o Metodo Di Pietro (dal Ministro dei LLPP che lo aveva introdotto) di cui al D.m. 1 agosto 1996 recante "Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato"; cfr. ATELLI, *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*, in AGE 1/2010, 221 ss.

<sup>(35)</sup> La ragione esposte nel testo è stessa che motiva l'insuccesso dello strumento del conferimento di opere e servizi nelle s.r.l.: cfr. A. MORINI, *Conferimenti di opere e servizi*, in S.r.l. *Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, 183.

<sup>(36)</sup> Si tratta dell'intervenuta abrogazione dell'espressione contenuta nell'art. 154, comma 1, d. lgs. n. 152/2006 (codice dell'ambiente) circa la necessità che la tariffa includa "l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito"; cfr. D.p.r. 18 luglio 2011 n. 116 recante "Abrogazione parziale a seguito di referendum dell'articolo 154, comma 1, del d.lgs. 152/2006 in materia di tariffa del servizio idrico integrato".

<sup>(37)</sup> Per questa tematica si rinvia a A. MORINI, *Il «mercato» del monopolio. Appunti su impresa e regolazione nella gestione dei servizi idrici*, in *Studi in onore di Ermanno Bocchini*, Padova, 2016, II, 877 ove gli ulteriori riferimenti soprattutto agli studi economici in materia.

riconoscimento tariffario dei costi operativi come strumenti di efficientamento primario del servizio che comporta il riconoscimento in tariffa di tutti i costi operativi e, quindi, privilegia la scelta del gestore di qualificare il proprio contributo in termini di *opex* (*operative expenditures*) – che sono remunerate integralmente rispetto agli investimenti (*capex*) che beneficiano unicamente del rimborso (sotto forma di anticipazione tariffaria) del costo finanziario necessario all’approvvigionamento da parte del gestore dei finanziamenti necessari alla realizzazione delle opere.

Ne consegue che il socio industriale è interessato ad addebitare ai costi operativi della società mista gestore del servizio la maggior quantità possibile delle proprie prestazioni, rendendo in tal modo le stesse indifferenti alla aleatorietà del risultato economico dell’attività imprenditoriale e, nella sostanza, generando un flusso di ricavi garantiti a favore del socio stesso.

La situazione risulta sostanzialmente identica, se non rafforzata, laddove le prestazioni accessorie dei soci si estendano ad ulteriori attività quali quelle progettuali o realizzative poiché in tali casi il beneficio indiretto attribuito all’azioni obbligato alle prestazioni è rappresentato dall’esonero dall’assegnazione tramite gara pubblica delle attività oggetto dell’obbligo<sup>(38)</sup>.

#### **5. Le prestazioni accessorie del socio nell’ambito delle società miste affidatarie della gestione del ciclo dei rifiuti.**

Quanto osservato per la gestione del servizio idrico integrato non può essere identicamente affermato per quanto concerne il ciclo dei rifiuti che, peraltro, rappresenta un contesto nel quale si segnala un significativo impiego delle azioni con prestazioni accessorie.

Nell’ambito di tale servizio pubblico occorre, infatti, distinguere le società che si occupano di raccolta e smaltimento rispetto a quelle che

---

<sup>(38)</sup> Cfr. AGCM, SOCIETÀ AZIONARIA PER LA CONDOTTA DI ACQUE POTABILI-ALTRE SOCIETÀ/NEWCO, provvedimento n. 16712 del 20.04.2007, in Bollettino, 30 aprile 2000 n. 15 nel quale, appunto, si prendeva in considerazione il fatto che: « l’esecuzione diretta di detti interventi e delle attività di servizio sarà effettuata dai soci della società in possesso dei requisiti necessari per l’esecuzione degli interventi stessi – prevede inoltre che i soci si obblighino senza vincolo di solidarietà allo svolgimento di determinate prestazioni definite accessorie, che nei fatti risultano coincidere con l’insieme delle attività di natura gestionale, progettuale e costruttiva affidate a APS in relazione al SII dell’ATO1» (corsivo aggiunto).

operano nell'incenerimento<sup>(39)</sup>; infatti per queste ultime sussiste, al pari di quanto accadeva all'origine delle azioni con prestazioni accessorie per i trasformatori di barbabietole da zucchero, la necessità di assicurarsi la materia prima (rifiuto) necessaria per il funzionamento del ciclo industriale oggetto dell'attività (incenerimento per la produzione energetica): pertanto una parte delle prestazioni accessorie diviene strettamente funzionale all'esecuzione dell'attività e, quindi, conserva la caratterizzazione originaria che ci è stata consegnata dalla tradizione tedesca dell'istituto.

Vi è tuttavia una rilevante variazione rispetto alla disciplina "privatistica" delle azioni con prestazioni accessorie.

Rappresenta una conclusione pacificamente condivisa che – pur nell'amplessissima libertà statutaria concessa dall'art. 2345 cod. civ. – la determinazione delle prestazioni che devono essere rese dal socio alla società debba essere oggetto di previsione statutaria: in assenza di ciò si avrebbe una clausola nulla<sup>(40)</sup>.

Al contrario – come si ha modo di osservare negli esempi di clausole statutarie riprodotte – la più recente prassi statutaria è usa rinviare al contratto di servizio<sup>(41)</sup> mentre, nel passato, l'intera disciplina è contenuta nello statuto stesso<sup>(42)</sup>.

Anche ammettendo, come prospetta la giurisprudenza<sup>(43)</sup>, che il riferimento al contenuto delle prestazioni possa avvenire *per relationem* ad un atto interno alla società ovvero – come si ipotizza – ad una separata

---

<sup>(39)</sup> Cfr. Tecnoborgo S.p.A. (Appendice 3) e TRM S.p.A. (Appendice 4).

<sup>(40)</sup> Cfr. per tutti A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, 1\*\*\*, 871 e nt. 203 ove le citazioni dei precedenti giurisprudenziali nonché G. Bertolotti, *Società con prestazioni accessorie*, cit., 266.

<sup>(41)</sup> Il riferimento al contratto di servizio come "convenzione con le società miste" si trova anche nell'art. 5 D.P.R. 533/96. Le normative di settore ("Ronchey" L.4/93, "Galli" L.36/94, "Burlando" D.Lgs. 422/97, "Letta" D. Lgs. 164/00) facevano e fanno riferimento allo strumento contrattuale rapportandolo agli elementi di valutazione dei risultati del servizio affidato. L'art. 35 L.448/01 (riformando gli artt. 113 e 113 bis TUEL) lo ha così definito: « I rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio» (art. 113 bis TUEL). Cfr. *ex multis* R. Occhilupo, G. Roma, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governance*, in *Analisi Giuridica dell'Economia* 14.2 (2015), 502 nt. 30.

<sup>(42)</sup> Cfr. Tecnoborgo S.p.A. (Appendice 3).

<sup>(43)</sup> Cfr. Cass., 4 dicembre 2000, n. 14523 e Cass., 5 luglio 1978, n. 3319.

deliberazione assembleare od a un regolamento <sup>(44)</sup>, si deve comunque trattare di un atto della società; al contrario il contratto di servizio è atto – per quanto a natura negoziale – della pubblica amministrazione che il socio privato si impegna a far sottoscrivere alla società affidataria del servizio all’esito dell’aggiudicazione della gara della quale rappresenta un atto.

Il richiamo al contratto di servizio come strumento di regolazione del contenuto delle prestazioni accessorie rappresenta, quindi, il rinvio ad un documento estraneo alla sfera sociale sul quale né il socio privato né la società stessa possiedono alcun reale potere negoziale.

**6. La deformazione del modello codicistico del tipo delle azioni con prestazioni accessorie: in particolare l’infungibilità del socio e i conseguenti effetti sul regime di erogazione delle prestazioni da parte del socio ad esse onerato.**

Tuttavia la risposta che consegnasse al regime della nullità la configurazione appena descritta delle azioni con prestazioni accessorie relative alla tipologia di servizi descritta apparirebbe ultronea.

Per comprendere la specifica valenza che, nelle società miste che gestiscono servizi pubblici, assume il richiamo al contratto di servizio e la validità di una simile previsione nell’ottica dell’interpretazione delle prestazioni accessorie che debbono essere rese dal socio industriale, occorre assumere una prospettiva di interpretazione complessiva del regime di tale tipo di azioni nell’ambito delle società miste <sup>(45)</sup>.

La dottrina, sia italiana che straniera, rileva espressamente - distinguendo tra l’obbligazione e la prestazione, illustrando il regime dell’annotazione delle prestazioni sul titolo azionario e, più complessivamente escludendo che le prestazioni accessorie possono essere rappresentate da una obbligazione infungibile <sup>(46)</sup> – che le prestazioni accessorie debbono assumere una dimensione “che trascende il rapporto con il soggetto inizialmente onerato” <sup>(47)</sup> e si proiettano nel corso del tempo:

---

<sup>(44)</sup> Cfr. A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, cit., loc. cit.

<sup>(45)</sup> Sulla necessità di affidarsi alla “sensibilità dell’interprete” nella valutazione del disposto dell’art. 2345 cod. civ. per quanto concerne il contenuto delle prestazioni accessorie cfr. A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, cit., 873.

<sup>(46)</sup> Cfr. per tutti A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, cit., 875 e nt. 216 ove gli ulteriori riferimenti stranieri.

<sup>(47)</sup> Cfr. A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, cit., 874.

per tali ragioni sussistono le specifiche regole di circolazione che assoggettano al placet degli amministratori la trasferibilità delle azioni; infatti tale verifica è funzionale a riconoscere nel trasferitario la sussistenza dei requisiti necessari al soddisfacimento dell'obbligo proprio delle prestazioni accessorie <sup>(48)</sup>.

Vi è quindi una stretta correlazione tra le prestazioni e le regole di circolazione delle azioni affinché la società sia affrancata dal vincolo dell'*intuitus personae* ma nel contempo sia garantito alla società la capacità dei soci successivi di assicurare le prestazioni promesse.

Tale modello di azioni con prestazioni accessorie non è conforme a quello previsto per le società miste.

In primo luogo risulta di immediata evidenza dalla lettura delle disposizioni statutarie riportate (ma più in generale dalla prassi statutaria in materia) che non sussiste alcuna fungibilità del socio industriale che, pertanto, deve rimanere tale e non modificarsi per tutta la durata dell'affidamento assentito alla società alla quale egli partecipa e verso la quale si è obbligato a rendere le prestazioni.

Ciò è dimostrato dalle regole relative al riscatto delle azioni in caso decadenza dell'affidamento del servizio e/o in caso di risoluzione del contratto di servizio e/o in caso di revoca dell'affidamento e/o in caso di decadenza dall'affidamento <sup>(49)</sup> ovvero dalla indicazione nominativa del soggetto che deve rendere la prestazione che ne evidenzia i profili di infungibilità <sup>(50)</sup>.

Le medesime conclusioni devono essere raggiunte ove si affronti la questione assumendo la prospettiva pubblicistica; se, infatti, si potesse circolare la partecipazione azionaria secondo le regole di diritto comune, si avrebbe la conseguenza che la gestione di un servizio pubblico - assentita originariamente ad un privato mediante cessione della partecipazione che incorpora le prestazioni accessorie tramite regole di evidenza pubblica -

---

<sup>(48)</sup> Cfr. T. ASCARELLI, *Sui limiti statuari alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, cit., 400: «Il limite del 2345 è sancito dalla legge appunto perché esso non mira alla tutela dell'interesse della società nei confronti della sua composizione personale (interesse di per sé estraneo alla società per azioni e che solo nei limiti del 2355 può trovare soddisfazione nello statuto), ma a quello della società (e dei suoi creditori, onde appunto la sanzione legale) nei riguardi dell'esecuzione delle prestazioni accessorie» (corsivi aggiunti).

<sup>(49)</sup> Cfr. TRM S.p.A. (Appendice 4); AMIAT S.p.A. (Appendice 5).

<sup>(50)</sup> Cfr. Tecnoborgo S.p.A. (Appendice 3).

potrebbe essere successivamente assunta da altri soggetti - acquirenti della partecipazione - senza che senza di rispetto delle regole di trasparenza rappresentate dalla gara: sul punto la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di negare l'ammissibilità di tale fattispecie<sup>(51)</sup>.

Il principio è stato poi rafforzata con la dichiarazione di nullità delle clausole di prelazione statutaria qualora si debba fare luogo alla cessione di partecipazioni pubbliche in società che gestiscono servizi pubblici; si nega, in tale modo, che nella circolazione di partecipazioni che comportano - indirettamente - la gestione del servizio possano essere applicate regole di circolazione che escludono il confronto competitivo<sup>(52)</sup>.

Il principio espresso dalla giurisprudenza amministrativa si ritrova poi riprodotto nell'art. 10 comma 2 del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica<sup>(53)</sup>.

Tutto ciò porta a concludere che le azioni con prestazioni accessorie utilizzate dalla prassi amministrativa sulla scorta delle indicazioni comunitarie per ottenere la partecipazione del soggetto privato alla gestione dei servizi pubblici mediante cessione tramite gara della partecipazione nella società affidataria del servizio si discostano dal modello codicistico tradizionalmente evolutosi in ragione della diffusione dell'archetipo tedesco.

Lo schema che si è andato affermando in questo settore ha generato azioni con prestazioni accessorie dotate di alcune autonome caratteristiche.

Essi si connotano anzitutto per l'estraneità alla disciplina statutaria e, più complessivamente, societaria della fonte, del contenuto e della disciplina delle prestazioni accessorie che viene a collocarsi nel contratto di servizio che rappresenta lo strumento della disciplina del rapporto concessorio non già con il socio bensì tra la società verso il quale il socio è

---

<sup>(51)</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2016 n. 2424.

<sup>(52)</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016 n. 4140.

<sup>(53)</sup> « L'alienazione delle partecipazioni e' effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che da analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. E' fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto ».

obbligato a prestare e l'ente che assente la concessione medesima. Peraltra la circostanza che vi possa essere alterità soggettiva tra l'ente locale partecipante alla società quale socio pubblico e l'entità che individua il gestore privato <sup>(54)</sup>.

La sottrazione delle azioni con prestazioni accessorie così assegnate alle regole di circolazione previste dal codice civile; in particolare due sono le diverse modificazioni che vengono introdotte.

In primo luogo è possibile derogare alle regole relative al gradimento introducendo forma di placet "rafforzato" che comportano necessariamente l'intervento anche del socio pubblico e non circoscrivono tale potere ai soli amministratori <sup>(55)</sup>. Sotto altro profilo viene sostanzialmente impedita la circolazione secondaria della partecipazione che risulta quindi intrasferibile se non al termine dell'affidamento e, quindi, in favore del nuovo soggetto privato gestore del servizio ovvero ad un "nuovo" gestore in ragione dell'inadempimento del socio privato agli obblighi derivanti dal contratto di servizio.

Le ragioni di tali deroghe sono da individuare nella intersecazione tra il rapporto pubblicistico e quello privatistico che si realizza nella concessione di servizi: qui, l'atto amministrativo (di affidamento) e il contratto (che regola i rapporti tra privato e p.a.), non sono nettamente separati, ma sono strettamente connessi; al riguardo, si parla di concessione-contratto o contratto accessivo al provvedimento: le amministrazioni provvedono, così, a regolare la fattispecie tramite un provvedimento amministrativo a cui accede un contratto (cioè il contratto di servizio), attraverso il quale le parti definiscono i rispettivi diritti ed obblighi.

Inoltre ove non fossero previste metodologia di consenso rafforzato alla circolazione, il socio privato titolato, tramite amministratori di propria

---

<sup>(54)</sup> Infatti a seguito delle modifiche legislative introdotte con il c.d. Decreto Cresci Italia (art. 4 del d.l. n. 138/2011) ha attribuito il potere di indire la gara per l'affidamento del servizio ad ambiti locali formati da comuni che abbiano una dimensione almeno provinciale.

<sup>(55)</sup> Cfr. A. MORINI, *Società miste, azioni di s.p.a. con prestazioni accessorie e circolazione con «doppio» gradimento?*, in corso di pubblicazione. Circa la legittimità di tale ipotesi si può richiamare il disposto dell'art. 10 comma 2° cpv. del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

nomina, della gestione sarebbe arbitro, ai sensi dell'art. 2345 cod. civ., anche della successiva circolazione.

Sulla base di queste ragioni le azioni con prestazioni accessorie di società miste vengono a derogare al regime di diritto comune poiché le stesse sono caratterizzate dal regime della sostanziale intrasferibilità e, quindi, della fissità del socio; infatti, ove l'amministrazione intendesse individuare un diverso socio industriale ovvero nel caso in cui il socio industriale volesse cedere le proprie azioni prima della scadenza naturale dell'affidamento, tale trasferimento dovrebbe avvenire non già mediante negozio traslativo privato quanto a seguito di gara nella quale dovrebbe essere scelto un nuovo socio industriale.

Per queste ragioni il regime delle azioni con prestazioni accessorie, almeno per quanto riguarda la circolazione, appare per molti versi piuttosto assimilabile alla intrasferibilità delle azioni ex art. 2343 comma. 3 c.c. <sup>(56)</sup>; questo apparentamento trova conferma anche nella ricostruzione dell'istituto nell'ambito di un rapporto giuridico accessorio al conferimento e strettamente assimilabile ad esso sul piano della sostanza <sup>(57)</sup>. Ma, dall'altro, alla previsione dell'art. 2357 c.c. relativamente alla incedibilità delle azioni proprie senza la preventiva delibera autorizzatoria dell'assemblea <sup>(58)</sup> che implica, in questo caso, la riserva a favore dell'ente pubblico della individuazione del nuovo socio.

Sotto altro aspetto il *munus* pubblico implicito nella concessione del servizio esclude che il concessionario – da individuarsi nella sostanza nel socio industriale della società mista – possa essere arbitro delle prestazioni accessorie che egli deve rendere alla società.

Per tale ragione la regolamentazione del contenuto di esse non può essere contenuta in un atto conseguente al rapporto associativo (sia esso lo

---

<sup>(56)</sup> Per una posizione analoga – sembrerebbe – negli incisi di T. ASCARELLI, *Sui limiti statuari alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, cit., pp. 371, 376 e 377.

<sup>(57)</sup> Cfr. A. BARTALENA, *Le prestazioni accessorie*, cit., 823 e ss. ove anche la classificazione dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di qualificazione del rapporto relativo alle prestazioni accessorie e G. BORTOLOTTI, *Società con prestazioni accessorie*, cit., p. 274 e ss. per una diversa, ulteriore e successiva impostazione.

<sup>(58)</sup> Peraltro che le fattispecie contemplate rispettivamente dagli artt. 2343 comma 3 c.c., 2345 c.c. e 2357 c.c. facciamo parte di un insieme unitario caratterizzato dalla "intrasferibilità" delle azioni era già stato sottolineato da G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, 186.

statuto, una delibera assembleare od un regolamento) poiché tale situazione renderebbe possibile proprio il risultato che si vuole impedire; per tale ragione si giustifica che gli elementi caratterizzanti le prestazioni accessorie siano etero-determinate in evidente deroga del regime previsto dal codice civile.

## **7. Appendici.**

### **Appendice 1**

Amter S.p.A.

#### Art. 7

Le azioni sono nominative ed indivisibili ed ogni azione dà diritto ad un voto.

La qualità di azionista costituisce, di per sé sola, adesione all'atto costitutivo della Società e al presente Statuto.

Il domicilio dei soci, per quanto concerne i loro rapporti con la Società, è quello che risulta dal libro dei Soci.

I certificati azionari portano le firme di due amministratori, oppure quelle di un amministratore e di un procuratore speciale all'uopo delegato dal Consiglio di Amministrazione.

Le azioni con prestazioni accessorie obbligano il titolare, per un periodo pari alla durata dei disciplinari di servizio sottoscritti tra Società e Comuni affidanti a svolgere le seguenti attività:

attività di progettazione per interventi su reti e impianti esistenti e per la realizzazione di nuove reti e impianti;

direzione dei lavori relativi agli interventi di cui al punto precedente, anche se non progettati dal socio;

elaborazione di cartografie e interventi di verifica rete, utilizzando sistemi avanzati che consentono l'archiviazione dei dati su supporti EDP, la rappresentazione grafica e la simulazione del comportamento idraulico delle reti sulla base di dati acquisiti;

organizzazione di campagne per il rilevamento delle perdite, mediante metodologie e strumentazioni appropriate;

elaborazione di programmi di risanamento delle reti definendo la priorità sulla base dei risultati conseguibili in rapporto delle risorse disponibili;

interventi specialistici di risanamento delle reti con ricorso a tecniche operative che minimizzano la demolizione del piano viario;

studio ed elaborazione di interventi organizzativi per il miglioramento della qualità del servizio;

servizio di analisi chimiche e batteriologiche dell'acqua a norma delle disposizioni di legge, e certificazione dei risultati;

addestramento, aggiornamento e riqualificazione del personale;

gestione finanziaria ed amministrativa dei contratti con l'utenza, elaborazione informatizzata dei dati, fatturazione e gestione della morosità.

Sulla base di esplicita richiesta della società e delle esigenze da essa espresse, il socio obbligato alle prestazioni di cui sopra predispone un progetto/programma adeguato, nel quale saranno evidenziati gli obiettivi da conseguire, le attività e le risorse necessarie, le modalità e i tempi di realizzazione, il corrispettivo verso il quale lo stesso si impegna a realizzare il progetto/programma. La società potrà esperire le opportune ricerche di mercato presso ditte individuate in accordo con il socio obbligato alle prestazioni, per verificare la convenienza dell'offerta. Il socio avrà l'obbligo di allinearsi al prezzo medio risultante da tale ricerca di mercato. In alternativa e qualora ne ravvisi l'opportunità, la società potrà chiedere al socio di allineare la propria offerta alla migliore proposta ottenuta, e, in difetto, affidarne la realizzazione al soggetto che ha formulato quest'ultima.

Le azioni cui è connesso l'obbligo delle prestazioni anzidette sono trasferibili soltanto con il consenso degli amministratori.

In ogni caso, salvo quanto sopra previsto, qualora un socio diverso da ciascuno degli Enti Locali di cui all'articolo 6 intendesse cedere, in tutto o in parte, la propria partecipazione nella Società, dovrà darne comunicazione scritta al Consiglio di Amministrazione, indirizzata tramite raccomandata r.r. al Presidente.

La comunicazione dovrà contenere la proposta di alienazione, l'indicazione del prezzo a cui si intende vendere, le modalità di pagamento e i dati del terzo acquirente, se esistente.

Il Consiglio di Amministrazione, tramite il proprio Presidente, provvederà a trasmettere la comunicazione a ciascuno degli Enti Locali di cui all'articolo 6.

Ciascuno degli Enti Locali di cui all'articolo 6, proporzionalmente alla propria partecipazione nella Società, potrà esercitare il diritto di prelazione all'acquisto della partecipazione posta in vendita, dandone comunicazione scritta al Consiglio di Amministrazione, con raccomandata r.r., inviata al Presidente dello stesso, entro 90 giorni dalla data di ricezione della proposta e degli altri elementi di cui sopra.

Nel caso in cui nessuno degli Enti Locali di cui all'articolo 6 esercitasse il diritto di prelazione entro il suddetto termine, oppure detto

diritto venisse esercitato solo da alcuni di essi, il socio cedente potrà alienare la partecipazione posta in vendita o quella parte non optata, ad un terzo acquirente solo al prezzo e alle condizioni contenute nella propria originaria comunicazione, sempreché detta alienazione avvenga entro sei mesi dalla data entro cui avrebbe dovuto esercitare il diritto di opzione.

## **Appendice 2**

### Tirrenoambiente S.p.A.

#### Art. 8 Azioni

(...)

Le azioni assegnate al socio privato si caratterizzano anche quali “azioni con prestazioni accessorie” ai sensi dell’articolo 2345 del codice civile ed obbligano l’Impresa socio, detentrica delle stesse, ad effettuare prestazioni imprenditoriali a favore della società, al solo fine di migliorare il conseguimento dell’oggetto e dell’attività sociale.

Le prestazioni sono da eseguirsi nella qualità e modalità richiesta, a condizione economiche di mercato aventi per oggetto prestazioni simili.

### **Appendice 3**

#### Tecnoborgo S.p.A.

##### Articolo 6 capitale sociale

Il capitale sociale è di euro diviso in numero 200.000 azioni da euro 51,64 ciascuna, delle quali numero 6900 con prestazioni accessorie di categoria C e numero 50.000 con prestazioni accessorie di categoria D.

Ai sensi dell'articolo 2345 codice civile,

- a) Veolia servizi ambientali S.p.A. ("Veolia") titolare delle azioni con prestazioni accessorie di categoria C, è tenuta a compiere a favore della società le attività di cui all'articolo 6/ter ai fini della realizzazione prevista dall'oggetto sociale dell'impianto di terra utilizzazione di Piacenza ai sensi dell'oggetto sociale di cui all'articolo 2, secondo i termini e le condizioni di cui al regolamento di esecuzione;
- b) la società Enia S.p.A. è titolare delle azioni con prestazioni accessorie di categoria di è tenuta a compiere a favore della società le attività di cui all'articolo 6/ter ai fini della realizzazione prevista dall'oggetto sociale dell'impianto di terra utilizzazione di Piacenza ai sensi dell'oggetto sociale di cui all'articolo 2, secondo i termini e le condizioni di cui al regolamento di esecuzione.

Ferme le altre disposizioni statutarie, le azioni con prestazioni accessorie non sono trasferibili senza il consenso degli amministratori ai sensi dell'articolo 2345 codice civile.

##### Articolo 6/ter

Regolamento di esecuzione delle prestazioni accessorie a carico di Veolia

capitolo uno premesse generalità

- a) il presente regolamento disciplina contenuto, modalità, termini e condizioni delle prestazioni accessorie, di seguito specificate che Veolia si impegna ad effettuare a favore di Tecnoborgo S.p.A. ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2345 del codice civile e conformemente a quanto stabilito nella delibera dell'assemblea dei soci di tecno borgo in data odierna, nell'ambito del progetto di costruzione e gestione dell'impianto qui di seguito meglio definito al punto b);

- b) Tecnoborgo, società costituita da Enia e da Veolia, ha per scopo la progettazione, la realizzazione e la gestione di impianti di termovalorizzazione dei rifiuti solidi urbani ed assimilabili, tra i quali rientrano impianto di Teramo utilizzazione dei rifiuti e biomasse meglio definiti nell'articolo due ubicato nel comune di Piacenza in località Borgoforte;
- c) le parti riconoscono l'essenzialità, per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del presente regolamento, nella competenza messa a disposizione e del Know-how apportato da Veolia, anche per il tramite di apposite risorse del maiuscolo Gruppo Veolia , come definito la lettera d) che segue, all'interno del progetto finalizzato alla realizzazione dell'impianto, e che tale competenza connessa con la partecipazione nel capitale di Tecnoborgo.

## Appendice 4

### TRM S.p.A.

in considerazione del fatto che il socio privato operativo industriali, che non potrà essere titolare di più dell'80% del capitale sociale, viene individuato mediante una procedura ad evidenza pubblica, la quale ha ad oggetto non solo la vendita delle azioni, ma altresì la gestione del servizio di oggetto di affidamento con l'assunzione, da parte dell'aggiudicatario, l'obbligo di compiere una serie di attività meglio individuate nel contratto di servizio, il socio privato operativo industriale:

- sarà titolare di azioni con prestazioni accessorie ex articolo 2345 codice civile per la quota dell'80%;
- cessa di essere socio alla data di scadenza dell'affidamento del servizio e/o in caso di risoluzione del contratto di servizio e/o in caso di revoca dell'affidamento e/o in caso di decadenza dall'affidamento; in tal caso le sue azioni verranno riscattate dal Comune di Torino in proprio e/o per conto degli altri soci pubblici ovvero potranno essere cedute al diverso soggetto indicato dal Comune di Torino in proprio e/o per conto degli altri soci pubblici, il tutto con le modalità anche di ordine patrimoniale disciplinata dal contratto di impegno del socio operativo industriale e dal presente statuto.
- In ogni caso, per tutta la durata della società, i soci pubblici devono detenere non meno del 20% delle azioni, senza prestazioni accessorie e eventuali operazioni di aumento e/o riduzione del capitale sociale dovranno avvenire in modo tale da assicurare in ogni caso la salvaguardia delle percentuali di partecipazione.

Articolo 9 azioni del socio privato operativo industriale azioni con prestazioni accessorie

In caso di acquisto di azioni da parte di un socio privato operativo industriale, quale aggiudicatario di procedura ad evidenza pubblica C. D. A doppio oggetto, la qualità di socio privato operativo industriale è strettamente e inscindibilmente legata all'affidamento del servizio disciplinato dal relativo contratto di servizio.

Il rispetto di tutti gli obblighi e l'adempimento di tutte le attività previsti in sede di affidamento del servizio e nella relativo contratto di servizio, compresi gli specifici compiti operativi, costituiscono

prestazioni accessorie del socio operativo industriale e pertanto le azioni del socio privato operativo industriale possono essere trasferite solo con il consenso di tutti gli amministratori ai sensi dell'articolo 2345 comma 3 codice civile, fatto salvo quanto previsto nell'ultimo comma dell'articolo 9.

Le modalità di trasferimento delle azioni con prestazioni accessorie non possono essere modificate senza il consenso dei soci pubblici.

Il contenuto, la durata, le modalità e il compenso(ove dovuto) di detta prestazione accessoria sono meglio determinate nel contratto di impegno del socio operativo industriale che, ai soli fini e per gli effetti dell'articolo 2345 codice civile deve ritenersi parte integrante e sostanziale del presente statuto e negli atti di gara.

Per l'intera durata dell'affidamento deve permanere la qualità di socio privato operativo industriale, salvo l'esercizio del diritto di recesso secondo i criteri e le modalità di liquidazione del socio privato determinati nel contratto di impegno del socio privato operativo nonché previsti dal presente statuto.

Al termine della durata dell'affidamento o in ogni caso di perdita della qualità di socio privato operativo industriale dovuta a decadenza dall'affidamento e/o in ogni altro caso di risoluzione del contratto di servizio e/o in caso di revoca dell'affidamento, il socio privato l'obbligo di cedere la propria quota al Comune di Torino in proprio e/o per conto degli altri soci pubblici ovvero al nuovo socio privato che sarà individuato come nuova procedura di gara secondo la vigente normativa in materia, fermo restando il diritto alla liquidazione la propria quota secondo i criteri e le modalità di liquidazione determinate nel contratto di impegno del socio privato operativo.

Le prestazioni accessorie connesse alle azioni del socio privato operativo industriale, di quel presente articolo vengono meno e, pertanto, non sarei richiesto il previo consenso scritto degli amministratori ai sensi e per gli effetti dell'atti del secondo comma dell'articolo 2345 codice civile ai fini del trasferimento, qualora il Comune di Torino eserciti, in proprio e/o per conto degli altri soci pubblici, il diritto di riscatto su tali azioni ovvero qualora sia attivata la procedura discussione del pegno da costituirsi detrazioni a favore delle

banche finanziatrici a garanzia del rimborso da parte della società, il finanziamento di cui al contratto di finanziamento in data 29 ottobre 2008 e suoni successivi atti modificativi, fermo restando che a valle della procedura di escussione ai sensi del contratto di pegno verrà meno la qualità di socio del socio privato operativo industriale.

## Appendice 5

### Amiat S.p.A.

#### Articolo 7

in caso di acquisto di azioni da parte di un socio privato operativo industriale, quale aggiudicatario di procedura ad evidenza pubblica cosiddetta a doppio oggetto, la qualità di socio privato operativo industriale strettamente e inscindibilmente legata all'affidamento del servizio disciplinato dal relativo contratto di servizio.

Il rispetto di tutti gli obblighi e l'adempimento di tutte le attività previste in sede di affidamento del servizio e nel relativo contratto di servizio, compresi gli specifici compiti operativi, costituiscono prestazioni accessorie del socio operativo industriale e pertanto le azioni del socio privato operativo industriale possono essere trasferite con le modalità di cui all'articolo 2345 codice civile, comma 2.

Il contenuto, durata, le modalità di detta prestazione accessoria sono meglio determinati nel contratto di servizio che, ai soli fini e per gli effetti dell'articolo 2345 codice civile, deve ritenersi parte integrante e sostanziale del presente statuto, mentre per quanto riguarda determinazione del compenso vale quanto disciplinato dal contratto di impegno del socio privato operativo.

Per l'intera durata dell'affidamento deve permanere la qualità di socio privato operativo industriale, salvo l'esercizio del diritto di recesso secondo i criteri e le modalità di liquidazione del socio privato determinati nel bando di gara/lettera di invito e nel contratto di impegno del socio privato operativo nonché previsti dall'articolo 3 del presente statuto.

Al termine della durata dell'affidamento o in ogni caso di perdita della qualità di socio privato operativo industriale dovuta a decadenza dall'affidamento e/o in ogni altro caso di risoluzione del contratto di servizio e o in caso di revoca dell'affidamento, il socio privato l'obbligo di cedere la propria quota al socio pubblico ovvero al nuovo socio privato che sarà individuato con una nuova procedura di gara indetta dal socio pubblico secondo la vigente normativa in materia, fermo restando il diritto alla liquidazione della propria quota secondo i criteri e le modalità di

liquidazione determinate nel bando di gara/lettera di invito e nel contratto di impegno del socio privato operativo.

## Appendice 6

### AIMAG S.p.A.

#### **Art. 5 - Capitale sociale - azioni - finanziamenti dei soci**

1. Il capitale sociale è di euro \_\_\_\_\_ diviso in n. \_\_\_\_\_ azioni del valore nominale di euro uno cadauna, di cui:

- n. \_\_\_\_\_ azioni ordinarie;

- n. \_\_\_\_\_ azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati del settore denominato 'servizio idrico integrato' (azioni SII), intendendosi con ciò l'attività oggetto dell'affidamento da parte delle competenti autorità d'ambito con decorrenza 1 Gennaio 2007; azioni alle quali è connesso l'obbligo delle prestazioni accessorie specificate al successivo art. 9.1;

- n. \_\_\_\_\_ azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati del settore denominato "servizio raccolta e trasporto rifiuti urbani" (azioni SRTRU), intendendosi con ciò l'attività oggetto dell'affidamento da parte delle competenti autorità d'ambito con decorrenza 1 Gennaio 2007; azioni alle quali è connesso altresì l'obbligo delle prestazioni accessorie specificate al successivo art. 9.2.

Le azioni, fornite di diritti patrimoniali correlati al settore 'servizio idrico integrato', partecipano ai relativi risultati ed hanno diritto alla corrispondente quota finale di liquidazione nella misura del 40%.

Le azioni, fornite di diritti patrimoniali correlati al settore 'raccolta e trasporto rifiuti', partecipano ai relativi risultati ed hanno diritto alla corrispondente quota finale di liquidazione nella misura del 40%.

Le azioni SII e le azioni SRTRU essendo correlate ai rispettivi settori ed essendo alle stesse connesso l'obbligo delle prestazioni accessorie sono riscattabili da parte della Società alle condizioni previste dal successivo art. 10.

Alle azioni SII ed alle azioni SRTRU si applicano gli artt. 16.1 per quanto riguarda l'esercizio dei diritti amministrativi e gli art. 34 e 36 per quanto riguarda l'esercizio dei diritti patrimoniali.

Le azioni sono nominative ed indivisibili.

Ogni azione dà diritto ad un voto nelle assemblee di relativa competenza.

L'assemblea straordinaria dei soci può deliberare l'emissione di ulteriori speciali categorie di azioni, stabilendo la forma, il modo di trasferimento ed i diritti spettanti ai possessori di tali azioni.

2. Il capitale sociale può essere aumentato in deroga all'art. 2342 comma 1° C.C. anche mediante conferimenti di beni in natura e di crediti.

3. La qualità di azionista costituisce, di per sé, adesione all'atto costitutivo della società ed al presente statuto.

4. Possono detenere azioni:

a) i Comuni che provvedono per il tramite della società alla gestione di uno o più servizi fra quelli indicati all'art.3 del presente statuto;

b) altri soggetti, pubblici o privati.

5. Il numero di azioni ordinarie detenute dai Comuni di cui alla lett. a) del precedente comma non può essere inferiore al 51% del capitale sociale.

6. Il domicilio dei soci, per quanto concerne i loro rapporti con la società, è quello che risulta dal libro soci.

7. I certificati azionari portano la firma di un Amministratore, oppure quella di un procuratore speciale all'uopo delegato dall'Organo amministrativo.

8. I versamenti sulle azioni sono richiesti dall'Organo amministrativo, in una o più volte, nei termini e nei modi che lo stesso reputi convenienti.

9. A carico dei soci in ritardo nei pagamenti decorrono gli interessi nella misura legale, salvo il diritto dell'Organo Amministrativo di avvalersi della facoltà di cui all'art. 2344 C.C.

10. Per addivenire alla copertura del fabbisogno finanziario della società, l'Organo amministrativo può richiedere finanziamenti ai soci con diritto di restituzione della somma versata.

11. I finanziamenti di cui al comma precedente possono essere effettuati a favore della società dai soci, anche non in proporzione alle rispettive quote di partecipazione al capitale sociale, che risultino iscritti nel libro soci da almeno 3 (tre) mesi e che detengano una partecipazione al capitale pari almeno al 2 (due) per cento dell'ammontare del capitale nominale quale risulta dall'ultimo bilancio approvato o comunque nei limiti e con le modalità che siano imposti dalle normative vigenti, con

particolare riferimento a quelle che regolano la raccolta di risparmio tra il pubblico.

#### **Art. 9 - Prestazioni accessorie connesse alle azioni SII e alle azioni SRTRU**

1. Alle azioni SII e alle azioni SRTRU (come individuate al precedente art. 5) è connesso l'obbligo delle prestazioni accessorie individuate in esito

all'espletamento della gara pubblica per la selezione del socio correlato, di seguito specificate (per ciascuna categoria di azioni), alla luce delle condizioni offerte ai fini dell'aggiudicazione della gara indetta dalla società per la scelta del partner privato.

Il socio correlato dovrà inoltre apportare alla società il proprio know-how tecnico, gestionale ed organizzativo, nonché la propria capacità finanziaria e manageriale per il migliore conseguimento degli obiettivi previsti nel Piano d'Ambito.

In ogni caso, ai fini della individuazione e disciplina delle prestazioni accessorie in oggetto, si deve fare riferimento, altresì alla "disciplina del rapporto socio correlato/società - regolamento relativo all'espletamento delle prestazioni accessorie".

#### **2 Prestazioni accessorie delle azioni SII (correlate ai risultati del settore denominato "servizio idrico integrato")**

**[la elencazione delle prestazioni accessorie verrà inserita con espresso riferimento agli effettivi contenuti della offerta aggiudicataria]**

Salvo diversa determinazione, i versamenti effettuati dai soci a favore della società devono considerarsi infruttiferi.

#### **3 - Prestazioni accessorie delle azioni SRTRU (correlate ai risultati del settore denominato "raccolta e trasporto rifiuti").**

**[la elencazione delle prestazioni accessorie verrà inserita con espresso riferimento agli effettivi contenuti della offerta aggiudicataria]**

#### **4 - Disciplina comune alle azioni con prestazioni accessorie**

Le azioni SII e le azioni SRTRU non sono trasferibili.

In caso di grave inadempimento all'obbligo di esecuzione delle prestazioni accessorie troverà applicazione il successivo art. 10.

Gli obblighi consistenti nell'esecuzione delle prestazioni accessorie possono essere modificati, fatto salvo il rispetto delle disposizioni legislative in materia di appalti pubblici, dall'assemblea dei soci con il

voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno il 75% del capitale sociale.

Nell'ipotesi in cui, di fronte al grave inadempimento agli obblighi o comunque alla significativa e rilevante interruzione degli obblighi di esecuzione delle prestazioni accessorie, la società ritenesse di non ricorrere al rimedio previsto dal successivo art. 10), la stessa potrà comunque ricorrere al procedimento arbitrale previsto dall'art. 38 per accertare la responsabilità del socio ed ottenere l'opportuna tutela restitutoria, risarcitoria, inibitoria od in forma specifica e potrà compensare le somme accertate a proprio credito dal giudizio arbitrale con quanto dovuto al socio

correlato a titolo di corrispettivo per le prestazioni accessorie.

Per ogni ulteriore aspetto non espressamente previsto nel presente statuto la società e i soci correlati tenuti alle prestazioni accessorie rinviano al "regolamento relativo all'espletamento delle prestazioni accessorie".

#### **Art. 10 - Riscattabilità delle azioni SII e delle azioni SRTRU**

1. La società ha il potere di riscattare le azioni SII e le azioni SRTRU nell'ipotesi in cui ricorra anche una soltanto delle seguenti ipotesi:

a) grave inadempimento agli obblighi o comunque significativa e rilevante interruzione degli obblighi di esecuzione delle prestazioni accessorie, da accertarsi, in caso di contestazione, secondo il procedimento arbitrale previsto dal successivo art. 38;

b) perdita, da parte dell'azionista correlato o dei soci della società veicolo nel caso in cui aggiudicatario sia risultato un raggruppamento d'impresa, dei

requisiti vincolanti richiesti in sede di gara, legati alle capacità tecnicoimprenditoriali

ed espressamente specificati nell'offerta ai fini dell'aggiudicazione della gara;

c) cessazione, per scadenza del termine o per qualsivoglia altro motivo,

dell'affidamento ad AIMAG del servizio identificante il settore correlato.

Con la precisazione che le deliberazioni dei competenti organi A.T.O.

prevedono una durata di affidamento della gestione del S.I.I. fino al 19.12.2024 nel territorio di competenza dell'A.T.O. Modena e fino al

..... nel territorio di competenza dell'A.T.O. Mantova.

Con deliberazione prot. n. 298/2006, n. 1, in data 13 Febbraio 2006, l'assemblea consorziale dell'ATO di Modena ha determinato la durata di affidamento della gestione del SRTRU fino al 31.12.2016.

2. Al momento dell'esercizio del riscatto le azioni SII e le azioni SRTRU saranno valutate in ragione della partecipazione proporzionale al patrimonio netto del settore correlato, secondo i criteri fissati dal successivo art. 36.

La liquidazione delle azioni SII e delle azioni SRTRU avverrà in deroga ai limiti imposti dall'art. 2357 cod. civ. entro 180 giorni dalla deliberazione del Consiglio di Amministrazione di esercizio del potere di riscatto.

4. Fermo restando quanto previsto ai commi 2 e 3 del presente art. 10, resta inteso che l'importo da liquidarsi a seguito del riscatto sarà decurtato dell'eventuale importo spettante ad AIMAG Spa, a titolo restitutorio o risarcitorio, accertato a seguito del procedimento arbitrale previsto dal successivo art. 38 nelle ipotesi di cui alle lettere a) e b) del primo comma del presente art. 10).

## **Appendice 7**

### Acque Potabili Siciliane S.p.A.

#### **7. AZIONI CON PRESTAZIONE ACCESSORIE**

7.1 Anche in considerazione del fatto che la Convenzione di Gestione prevede che una serie di attività debbano o possano essere svolte dai soci della società, alle Azioni B è connesso, ai sensi dell'Articolo 2345 del Codice Civile e per la durata di [●] anni, l'obbligo dei relativi titolari di eseguire le seguenti prestazioni accessorie a favore della società:

- (a) progettazione per interventi su reti e impianti esistenti e per la realizzazione di nuove reti e impianti;
- (b) esecuzione di lavori e realizzazione di opere relativamente ai servizi gestiti;
- (c) direzione dei lavori relativi agli interventi di cui ai punti precedenti;
- (d) elaborazione di cartografie e interventi di verifica rete, utilizzando sistemi avanzati che consentono l'archiviazione dei dati su supporti EDP, la rappresentazione grafica e la simulazione del comportamento idraulico delle reti sulla base di dati acquisiti;
- (e) organizzazione di campagne per il rilevamento delle perdite, mediante metodologie e strumentazioni appropriate;
- (f) elaborazione di programmi di risanamento di reti ed impianti definendo la priorità sulla base dei risultati conseguibili in rapporto delle risorse disponibili (asset management);
- (g) interventi specialistici di risanamento delle reti con ricorso a tecniche operative che minimizzano la demolizione del piano viario;
- (h) studio ed elaborazione di interventi organizzativi per il miglioramento della qualità del servizio;
- (i) studio per l'applicazione e la gestione di impianti di telecontrollo e di automazione;

- (j) servizio di analisi chimiche e batteriologiche dell'acqua a norma delle disposizioni di legge, e certificazione dei risultati;
- (k) addestramento, aggiornamento e riqualificazione del personale;
- (l) gestione finanziaria ed amministrativa dei contratti con l'utenza, elaborazione informatizzata dei dati, fatturazione e gestione della morosità;
- (m) attività di coordinamento e "project management" ove per Project Management si intende in via esemplificativa e non esaustiva, la ricerca e l'individuazione delle soluzioni tecniche e tecnologiche più opportune per l'esecuzione degli interventi e dei lavori, la verifica sul contenuto delle progettazioni e sul corretto valore delle opere da realizzare, oggetto di progetti preliminari, definitivi ed esecutivi, lo studio, la definizione degli obiettivi di volta in volta posti ottimizzando l'uso di risorse, la pianificazione, la schedulazione ed il monitoraggio del progresso delle attività che compongano i progetti da realizzare ed in ogni caso la regia ed il coordinamento delle attività sociali in generale;
- (n) attività di gestione tecnica di impianti di depurazione e di potabilizzazione;
- (o) attività di implementazione e gestione del "project financing" e del "risk management" ivi inclusa la selezione delle banche e delle imprese di assicurazione per il finanziamento degli investimenti e la definizione e gestione dei rischi operativi;
- (p) attività complementari al servizio idrico integrato quali a titolo esemplificativo ma non esaustivo, i servizi post-contatore per i condomini, ed i servizi di gestione impianti interni per i complessi industriali e commerciali.

7.2 [È facoltà della società emettere ulteriori Azioni B, aventi ad oggetto le materie elencate nel precedente Articolo 7.1, a favore di coloro tra i soci che hanno l'obbligo di eseguire direttamente tali attività in conformità al disciplinare della gara indetta dall'Autorità dell'Ambito Territoriale Ottimale 1 Palermo, o dai suoi successori, per l'affidamento del servizio idrico integrato nell'Ambito stesso, nonché alla Convenzione di gestione e all'offerta tecnico-economica presentata.]

7.3 [Le azioni potranno (i) essere emesse prevedendo sin dal momento dell'emissione l'obbligo a carico dei relativi titolari di eseguire le prestazioni accessorie di cui al paragrafo 7.1 (se del caso, come successivamente integrate) ovvero potranno (ii) essere emesse senza oneri e successivamente gravate dall'obbligo di prestazioni accessorie, con deliberazione dell'Assemblea straordinaria assunta con la maggioranza che rappresenti il [●]% del capitale sociale e comprenda il voto favorevole del socio che sarà gravato da dette prestazioni].

7.4 La delibera dell'Assemblea straordinaria con cui vengano emesse Azioni B originarie od integrate ovvero con cui vengano gravate da prestazioni accessorie azioni emesse senza detti obblighi, ai sensi di quanto precedentemente previsto, stabilisce anche le sanzioni conseguenti all'eventuale inadempimento degli obblighi oggetto delle prestazioni stesse.

7.5 La società - nei limiti delle disposizioni di legge e di regolamento applicabili - provvederà ad affidare, in via preferenziale rispetto a terzi, l'esecuzione delle attività oggetto delle prestazioni accessorie ai soci titolari di Azioni B, fermo restando che - in ogni caso - ai soci titolari di Azioni B potrà essere affidata l'esecuzione di prestazioni accessorie esclusivamente nei limiti del [●]% dei lavori complessivamente affidati dalla società su base annuale.

7.6 Il socio obbligato alle prestazioni accessorie connesse alle Azioni B, su richiesta della società formulata a seguito di delibera del Consiglio di Amministrazione, predisporrà un progetto/programma adeguato, nel quale saranno evidenziati gli obiettivi da conseguire, le attività e le risorse necessarie, le modalità e i tempi di realizzazione, il corrispettivo verso il quale lo stesso si impegna a realizzare il progetto/programma.

7.7 Nella determinazione del corrispettivo da riconoscere per la fornitura di prestazioni accessorie dovranno essere osservate le norme applicabili ai rapporti aventi ad oggetto le prestazioni stesse, nonché gli eventuali accordi tra la società e i soci titolari di Azioni B ovvero tra tali soci medesimi, sempre ed in quanto tale corrispettivo sia concordato con la società e, se del caso, approvato dall'Autorità d'Ambito e/o da altri enti cui sia demandato il relativo controllo.

7.8 Qualora il socio titolare di Azioni B non provveda all'esecuzione delle prestazioni connesse alle stesse nei tempi e nei modi stabiliti, le relative prestazioni saranno prioritariamente assegnate dalla società ad

altri soci titolari di Azioni B, al fine di garantire l'esecuzione delle stesse e, quindi, l'adempimento degli obblighi stabiliti dal disciplinare della gara.

7.9 [Per tutto il periodo in cui perdura l'obbligo di eseguire le prestazioni accessorie di cui all'Articolo [7.1], il socio titolare di Azioni B non può svolgere, né per conto proprio né per conto di terzi, direttamente o indirettamente, un'attività in concorrenza con quella svolta dalla società.]

7.10 [In caso di cessazione e/o interruzione per oltre [sei] mesi delle prestazioni accessorie per impedimento o altra causa non imputabile al socio titolare delle azioni, le Azioni B si trasformeranno automaticamente in Azioni A e, in tal caso, cesseranno le prestazioni accessorie e la relativa remunerazione.]

7.11 [La durata delle prestazioni accessorie si rinnoverà tacitamente per eguali periodi di tempo se non sarà intervenuta disdetta da una delle parti almeno [sei] mesi prima della scadenza. In caso di disdetta, l'obbligo di rendere le prestazioni accessorie si intenderà definitivamente venuto meno e le Azioni B si trasformeranno in Azioni A.]

## *Abstract*

La letteratura giuridica consegna la consolidata affermazione che le azioni con prestazioni accessorie hanno un impiego del tutto occasionale e sporadico nella prassi societaria italiana.

In coerenza con tale rilievo dovrebbe, quindi, considerarsi quantomeno stravagante la circostanza che la recente riforma delle società a partecipazione pubblica (D. lgs. 19 agosto 2016 n. 175 c.d. «Riforma Madia») nelle limitate disposizioni destinate a delineare il modello della società mista (art. 17 Decreto Madia) abbia, invece, cura di precisare che gli statuti possono prevedere “l'emissione di (...) di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato”; destinando in tale modo a tale categoria di azioni un'attenzione apparentemente sproporzionata rispetto al rilievo pratico ad esse attribuito dalla dottrina.

Se, invece, si procede dall'osservazione teorica all'analisi di dettaglio della prassi operativa delle società a controllo pubblico - specie nel settore della gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica - si dovrebbe constatare che il legislatore, in questo caso, altro non ha fatto se non trasferire nel dettato legislativo un modello operativo ormai diffuso.

L'oggetto del presente studio è, quindi, anzitutto quello di delineare le ragioni in forza delle quali le azioni con prestazioni accessorie sono state scelte, anche nel più generale quadro dell'attuazione di principi comunitari nell'ordinamento domestico, quale tramite per veicolare la partecipazione del socio privato o “industriale” alle società a partecipazione pubblica.

Inoltre, dal punto di vista dell'inquadramento teorico dell'istituto, la scelta di utilizzare tale tipo di azioni rappresenta una rilevante deviazione (anzi, per certi versi, si pone in diretta contraddizione) rispetto al modello originario delle prestazioni accessorie per come esso è sorto ed ha avuto la propria storica diffusione nei vari ordinamenti che lo prevedono.

Ancora sarà oggetto di indagine la particolare disciplina delle azioni con prestazioni accessorie che si è andata delineando nella prassi applicativa delle società miste che comporta, rispetto allo schema disciplinato dal codice civile, numerose e rilevanti variazioni.

In particolare è dato notarsi che, nel contesto delle società miste, la regolamentazione delle prestazioni accessorie rese dal socio a favore della

società appare caratterizzata da una disciplina contrastante con il contenuto normativo del rapporto contrattuale che lega il socio alla società per come la dottrina comunemente lo delinea.

Del tutto peculiari appaiono, inoltre, taluni profili relativi alla circolazione delle azioni con prestazioni accessorie impiegate da alcune società miste; essi, in particolare, concernono il regime del gradimento previsto dall'art. 2345 comma 2 cod. civ., il trasferimento ed i meccanismi per di riscatto anche in ossequio a quanto previsto dall'art. 2355-bis comma 2 cod. civ.

Ancora deve notarsi come emerga dalla prassi societaria una peculiare conformazione delle sanzioni relative all'inadempimento delle prestazioni accessorie previste dagli statuti di tali società con interferenze sia con la disciplina legale dello scioglimento della società, del recesso e della circolazione delle azioni.

Quindi, complessivamente, l'esame dell'impiego delle azioni con prestazioni accessorie da parte delle società miste è destinato a delineare un vero e proprio schema autonomo dei rapporti societari tra soggetti pubblici e privati e ad istituire un peculiare assetto organizzativo sociale caratterizzato, per il tramite delle prestazioni accessorie, dallo specifico meccanismo degli apporti del socio (nella sua declinazione di socio "industriale") e dalle caratteristiche che - in ragione della matrice originaria dell'assetto societario - vengono conseguentemente impresse alla partecipazione sociale.

