

Maggio 2015

Le società partecipate dagli enti locali, tra dismissione e valorizzazione

Avv. Domenico Gaudiello, Partner, Responsabile del dipartimento di Finanza Pubblica, Studio legale DLA Piper

La vendita di società pubbliche (si tratti di una quota del capitale così come dell'intera partecipazione) è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica dettate dal Regolamento Generale di Contabilità dello Stato (art. 37 del R.D. 827 del 1924).

Ciò detto, non sono mancate normative ad hoc concernenti le procedure di vendita delle partecipazioni pubbliche. Queste normative ad hoc si sono collocate in ogni caso nell'alveo del Regolamento Generale di Contabilità.

Al riguardo, si pensi alla legge 474/94. Si tratta di una normativa integralmente pensata per la vendita delle partecipazioni detenute dallo Stato: fenomeno denominato più specificamente come "privatizzazione".

Orbene, proprio la legge 474/94 (con le successive modificazioni intervenute nel 1997) costituisce a oggi il riferimento normativo più dettagliato a proposito della dismissione delle partecipazioni societarie detenute da enti pubblici.

Prova ne sia che tutto il filone delle norme che, dal 2002 in poi, hanno invitato regioni ed enti locali a dismettere le partecipazioni detenute nelle società, non ha introdotto modalità di vendita diverse da quelle volute dal legislatore venti anni orsono.

La legge del '94 prevedeva tanto (i) la possibilità di alienare la partecipazione mediante la procedura dell'offerta pubblica di vendita (con successiva quotazione o meno delle azioni) quanto (ii) la possibilità di alienare la partecipazione mediante "trattativa diretta", allo scopo di consentire la vendita in favore di un azionista di maggioranza stabile.

Ferme restando queste due modalità chiarite ad hoc dal legislatore del 1994 e tuttora da ritenersi pienamente in vigore, valeva e vale in ogni caso la regola aurea del pubblico incanto.

A ben vedere, se si eccettua il caso della trattativa diretta, tanto l'offerta pubblica di vendita che il pubblico incanto si presentano come procedure aperte. L'unica differenza tra queste ultime due è data dalla modalità concreta di svolgimento della procedura

aperta: più specificamente la procedura di offerta pubblica di vendita necessariamente implica il coinvolgimento di intermediari che si impegnano a collocare le azioni sul mercato entro certe condizioni di prezzo.

Per chiudere questa premessa, si può pertanto dire che il riferimento principale per la dismissione delle partecipazioni pubbliche resta il Regolamento Generale di Contabilità dello Stato. Questa normativa declina come regola aurea il principio del pubblico incanto. Questo principio ha subito delle specificazioni ed attualizzazioni con la legge 474/94.

In ogni caso, per quanto la disciplina del '94 era stata dettata per le partecipazioni statali, le modalità ivi contenute restano valide pure per le regioni e gli enti locali. Orbene, quando il legislatore invita le regioni e gli enti locali a dismettere le partecipazioni detenute (segnatamente quelle in società che svolgono attività non necessarie per i fini istituzionali perseguiti dall'ente controllante o detentore), le modalità con cui detta dismissione dovrà svolgersi non potranno che riflettere quelle richiamate dalla legge del 94.

C'è un altro punto che si può fissare con decisione: la vendita delle partecipazioni deve essere decisa dall'organo consiliare dell'ente locale che intende dismettere la partecipazione. La materia dell'alienazione delle partecipazioni così come quella del ricorso all'indebitamento costituiscono una prerogativa del massimo organo titolare della sovranità locale: il consiglio.

Il tema ha delle ripercussioni di non poco valore e si intreccia con un altro tema: gli effettivi spazi di utilizzo delle partecipazioni che residuano all'ente titolare della partecipazione stessa.

In pratica, l'alienazione come ogni altro diverso atto di disposizione della partecipazione deve sempre passare attraverso una decisione consiliare. In mancanza, qualsiasi atto di disposizione sarebbe nullo.

Si badi bene: questa regola vale anche nel caso in cui l'ente volesse costituire in pegno la partecipazione detenuta. Più in particolare: la costituzione in garanzia di una partecipazione potrebbe comportare (ove venisse escussa la garanzia) esiti analoghi a quelli della alienazione. E questa è la ragione principale per la quale anche la creazione di un pegno non può essere decisa se non dal consiglio.

Ma vi è un punto ancora più specifico da considerare: siamo del tutto sicuri che si possano costituire garanzie reali sulle partecipazioni detenute dall'ente?

La digressione è necessaria e una breve verifica normativa conduce ad una conclusione che appare assolutamente comprensibile oltre che condivisibile. Nell'impianto delle

garanzie che l'ordinamento permette ad un ente locale di rilasciare, per esempio, non vi è spazio per le garanzie reali. Si pensi agli artt. 206 e 207 del TUEL.

L'art. 207 ammette la fideiussione che l'ente può rilasciare per supportare il debito contratto da una società partecipata. L'art. 206 permette il rilascio della delegazione di pagamento, che in ultima analisi è un meccanismo di organizzazione dei pagamenti ora per allora delle rate in scadenza di un mutuo, di un prestito obbligazionario o del rimborso di una apertura di credito.

Basterebbe fermarsi al dato normativo qui citato per escludere l'ammissibilità del rilascio di garanzie reali. A ben vedere non è casuale che non siano previste garanzie di segno diverso e segnatamente non siano per niente ammesse le garanzie reali.

La ratio di questa netta esclusione è da ricondursi ad un duplice ordine di motivi, che provo a sintetizzare.

In primis: la vendita di una partecipazione azionaria (salvo norme eccezionalmente introdotte) non è consentita per ripagare un debito pregresso. I proventi rivenienti da una dismissione sono infatti destinabili solo a scopi di investimento.

Ne deriva che la scelta di alienare un bene da parte dell'ente locale non può che venire orientata al conseguimento di mezzi economici da finalizzare al finanziamento di un investimento.

Questo assetto di principi non è mutato ed è la ragione fondamentale per cui una garanzia reale è inammissibile. Perché l'escussione della garanzia finirebbe per contravvenire alla regola fondamentale qui citata. I proventi dell'escussione sarebbero utilizzati per onorare il debito rimasto insoluto (che ha dato luogo alla escussione della garanzia stessa) e questo non è ammissibile.

C'è un secondo ordine di ragioni, come si diceva.

La vendita di un bene pubblico, come è la partecipazione azionaria, deve avvenire secondo rigorose procedure aperte e trasparenti volute ad individuare l'acquirente in possesso di tutte le caratteristiche e requisiti necessari per contrarre con una pubblica amministrazione.

E' chiaro che dette procedure non trovano applicazione in caso di escussione della garanzia reale. E anche questo esito non sarebbe per niente ammissibile.

Tanto più che nel caso di una procedura di escussione della garanzia, per ovvie ragioni non è assolutamente garantito che il prezzo di vendita sia quello desiderato dall'ente controllante.

Allo stato non è mai stato fissato un termine perentorio entro il quale portare a compimento la dismissione delle partecipazioni, pur essendosi susseguite discipline assai stringenti circa l'obbligo per enti locali e regioni di vendere le partecipazioni non necessarie alle attività istituzionali.

E' evidente che in mancanza di un termine perentorio, nessun ente si è determinato alla dismissione per volontà della legge.

La legge di stabilità per il 2014 (legge 147/2013) ha cercato di porre rimedio alla irresolutezza della disciplina in materia introducendo una regola molto netta per le partecipazioni c.d. non necessarie. In pratica, laddove l'ente locale abbia deciso di vendere la partecipazione non necessaria, detta procedura deve comunque completarsi entro la fine del 2014. Ove questa procedura non porti ad alcun risultato, la partecipazione è da ritenersi priva di effetto, con la conseguenza che dovrà essere liquidato al socio pubblico il valore della partecipazione nei successivi 12 mesi.

Sullo sfondo ciò che invece non è per nulla chiaro è l'insieme dei criteri in base ai quali un ente possa (rectius debba) considerare non necessaria una partecipazione societaria rispetto alle finalità istituzionali.

Se si eccettua quanto sin qui detto riguardo alle partecipazioni non necessarie, ciò che si riscontra è che il nostro ordinamento (per come da ultimo definito dalla Legge di Stabilità per il 2014) intende salvaguardare la presenza delle società partecipate, consentendo agli enti di proseguire nella detenzione delle partecipazioni totalitarie (o meno). Unico criterio di riferimento è l'andamento economico delle società partecipate: dopo tre anni consecutivi di perdite, scatta l'obbligo di liquidarle.

Nel 2017 scatterà detto obbligo per tutte le società che verseranno nella situazione anzidetta con riguardo al 2014, 2015 e 2016.

Non può sfuggire un aspetto: il legislatore impone la liquidazione, ma non chiarisce se in questi casi trovi comunque applicazione la disciplina fallimentare.

La mia posizione al riguardo è molto chiara: anche da questa normativa ciò che appare è che la disciplina delle società partecipate è per molti versi speciale, inclusa con riguardo al regime fallimentare (che non trova applicazione, appunto, nei confronti delle società partecipate).

Le società partecipate pubbliche sono sempre state destinatarie di disciplina speciale.

La scelta di costituirle attiene ad un preciso programma dell'ente di gestione diretta delle attività e/o dei servizi svolti dalle società stesse. Non costituirle significa nei fatti ricorrere all'affidamento dello svolgimento di detti servizi a terzi privati.

La costituzione, come la dismissione, delle società in questione sono pertanto scelte che investono l'essenza della sovranità dell'ente perché attengono ad una area fondamentale del governo locale.

E' per questo che le procedure con cui si addivene alla vendita della partecipazione (totalitaria o di controllo che sia) deve essere ispirata alla massima trasparenza. La vendita della partecipazione è uno dei modi con cui si provvede alla gestione del patrimonio pubblico e al tempo stesso ed implica una precisa valutazione strategica, che deve essere controllabile dalla collettività amministrata.

Per queste stesse ragioni, come si è detto già prima, la creazione di una garanzia reale (con successiva escussione della partecipazione vincolata in garanzia) si pone con una modalità in contrasto con i principi di pubblicità e buon andamento cui sono ispirate le regole di gestione dell'ente locale (e discorso identico vale per le regioni).

L'importanza cruciale che le società partecipate rivestono anche ai fini degli equilibri finanziari e di bilancio dell'ente controllante è stata stigmatizzata con la riforma del TUEL (segnatamente con gli artt. 147bis, 147ter, 147quater, 147quinquies). Anche da questa diversa angolatura è possibile cogliere la essenzialità del fenomeno delle società partecipate per l'economia dell'ente locale (o regionale) e la tenuta dell'azione di governo locale. per essere più chiari, il TUEL ha rafforzato i controlli sulle società partecipate da parte degli enti che vi partecipano. In questo modo, il legislatore ha voluto imporre delle chiare responsabilità per il cattivo andamento delle società stesse, facendo ricadere sostanzialmente dette responsabilità su alcune figure apicali dell'ente controllante (ma in ultima analisi sugli organi politici dell'ente stesso).

Una simile accentuazione dei controlli riflette la natura peculiarmente pubblica delle società partecipate e l'impossibilità di sussumerle a categorie privatistiche. Con tutto ciò che ne deriva, come si è venuti fin qui tratteggiando.