

*Considerazioni intorno all'azienda speciale alla
luce dei più recenti interventi normativi e
giurisprudenziali*

*Profili giuridici in ordine al processo di trasformazione di
una società per azioni in azienda speciale*

Bruno De Maria – Alberto Lucarelli

• *Premessa*

Con il decreto Madia sulle partecipate le forme giuridiche della s.p.a., a capitale interamente pubblico, e della società mista (pubblico-privato), in merito all'affidamento della gestione, risultano fortemente ridimensionate.

Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (comma 1 dell'art. 4).

Tuttavia, ai sensi del successivo comma 2, le amministrazioni pubbliche possono direttamente o indirettamente costituire società o acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento di:

- attività relative alla produzione di un servizio di interesse generale (SIG),
- per l'autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti od anche
- per la progettazione, realizzazione e gestione di un'opera pubblica.

Si lascia dunque spazio alle società pubbliche, ma solamente per quanto attiene i servizi privi di rilevanza economica (SIG) ed alle società strumentali.

Il richiamato profilo del perseguimento di finalità istituzionali si rivela, invero, piuttosto ambiguo e suscettibile di prestarsi, in questo scenario, ad interpretazioni ulteriormente restrittive dell'ambito applicativo dei modelli di gestione pubblicistici.

In considerazione del suddetto richiamo al *perseguimento di finalità istituzionali*, per le quali sarebbe possibile la gestione attraverso società pubbliche, anche di nuova costituzione, sembra che la norma voglia - ovviamente non incidendo sui soggetti di diritto pubblico (*rectius* azienda speciale) che ad oggi gestiscono i SIEG - impedire, o quanto meno limitare, che gli stessi siano gestiti con spa a totale o parziale (società miste) capitale pubblico.

Per tutti i servizi a rete, ovvero per i servizi di interesse-economico generale a rilevanza economica, dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto Madia, non potranno di fatto più essere costituite società pubbliche per la loro gestione, a meno che l'amministrazione non dimostri, anche evocando l'art. 106 comma 2 TFUE, che siano necessarie per il perseguimento di finalità istituzionali.

Sempre in una logica fortemente restrittiva della presenza del "pubblico" nell'ambito dei servizi pubblici locali, si prevede che entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo sulle partecipate, debba essere effettuata una **ricognizione straordinaria** da parte delle amministrazioni pubbliche, per verificare quali società non corrispondono ai criteri per mantenere la partecipazione da parte dell'ente (art. 24). Con questa norma dunque si incide di fatto sulle gestioni in corso. Ciascuna amministrazione pubblica effettua con provvedimento motivato la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute, individuando quelle che devono essere alienate.

La ricognizione periodica annuale partirà dal 2018 con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017. La norma già ribattezzata "taglia partecipate" ,secondo varie fonti, dovrebbe portare nel prossimo futuro alla soppressione di circa 5.000 società partecipate.

Si tratta, come si è detto, di un decreto che incide, con efficacia retroattiva sulle società partecipate, ne impedisce per il futuro la presenza nei settori a rilevanza economica e verifica che le attuali società pubbliche che gestiscono i SIEG ne abbiano i requisiti. La difficoltà a costituire per la gestione dei SIEG nuove società pubbliche, anche a partecipazione mista, e l'attuazione della norma "taglia partecipate", veicolerà le procedure di affidamento ed i relativi modelli di gestione verso gare e privatizzazioni.

Infine, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del decreto Madia sulle partecipate, in accoglimento di un'ampia giurisprudenza, formatasi negli ultimi anni, è stabilito che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché se ne ricorrono i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

E' evidente che il forte ridimensionamento delle s.p.a. pubbliche (sia miste che a capitale interamente pubblico), nell'ambito dei servizi di interesse economico generale, ridurrà notevolmente il ricorso agli affidamenti *in house* che, come è noto, ai sensi del diritto europeo, possono essere posti in essere soltanto a determinate condizioni.

Le aziende speciali, alla luce del suddetto decreto Madia sulle partecipate, sembrerebbero escluse, comunque non oggetto di trattazione specifica, laddove si consente alle amministrazioni pubbliche, di partecipare soltanto a forme giuridiche di natura societaria (s.p.a., s.r.l.), ancorché in forma consortile. La Consulta, con la sentenza n. 325/2010 sulla questione di costituzionalità dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 (poi abrogato), aveva avuto modo di affermare la possibilità della gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica ai sensi della normativa comunitaria (cfr. punto 6.1 considerato in diritto). A giudizio della Corte, la normativa comunitaria ammette la gestione diretta nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante

una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (ai sensi dell'art. 106 TFUE) (cfr. punto 6.1 considerato in diritto). Principio ribadito, tra l'altro, dalla Corte cost. con sentenza n. 24 del 2011.

Quanto alla legittimità della trasformazione di una s.p.a. in azienda speciale ai sensi della normativa civilistica, occorre osservare che con la riforma del diritto societario del 2003 l'istituto della trasformazione ha subito una dilatazione del proprio ambito applicativo, nel senso che diventa ammissibile e viene disciplinata anche la cd. **trasformazione eterogenea**, la trasformazione cioè di una società di capitali in un ente non societario e viceversa.

La Corte dei Conti delibera n. 2/2014 della sezione delle Autonomie adunanza del 15 gennaio 2014 in merito all'ammissibilità (19), fa proprie le suddette argomentazioni concludendo con toni molto netti: «L'operazione di trasformazione di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico a rilevanza economica (nella specie, il servizio idrico) in azienda speciale consortile, è compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi dotati di patrimonio separato, a garanzia dei terzi e dei creditori, e sia con le disposizioni pubblicistiche, intese a ricondurre tali organismi ad un regime uniforme quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica».

L'**art. 2498 c.c.** (così come modificato alla luce della riforma del diritto societario), parla non già di "società" trasformata, bensì di "**ente**", avvalorando la tesi del **catalogo aperto** delle fattispecie possibili.

Così da ultimo la Corte dei Conti (23) che, in contrasto con precedente delibera (24), afferma che «...è lecito dubitare della perdurante vigenza dell'art. 35, comma 8 della l. n. 448 del 2001, dal momento che è venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante azienda speciale, dei servizi pubblici locali.

- **Compensi**

Con la legge di stabilità 2014, nelle sue pieghe, ha previsto, sia pure indirettamente, la possibilità che gli amministratori di aziende speciali possano essere retribuiti. L'art. 1 comma 554, infatti, prevede «*A decorrere dall'esercizio 2015, le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai fini della revoca degli amministratori. Quanto previsto dal presente comma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante*». Dunque, è previsto, sia pure a partire dall'anno 2015, l'obbligo di ridurre il compenso dell'organo amministrativo anche dell'azienda speciale in presenza di risultati economici negativi protrattisi per più di tre esercizi.

L'**azienda speciale** fisiologicamente rientra nel concetto di **controllo analogo** e di questa relazione è testimonianza il comma 6 dell'art. 114 d.lgs. 267/2000, a mente del quale l'ente locale “*determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione*”.

- **Pareggio di bilancio e controllo sugli atti fondamentali dell'azienda speciale**

L'**azienda speciale**, in quanto ente pubblico, ha come obiettivo il **pareggio di bilancio** (art. 114 comma 4 per l'azienda speciale e artt. 151 e 162 commi 1 d.lgs. 267/2000 per gli enti locali) a differenza delle società che hanno come scopo la divisione degli utili (art. 2247 c.c. a differenza degli enti locali).

Il **controllo sugli atti fondamentali dell'azienda speciale** viene realizzato direttamente dal consiglio comunale, in luogo del Sindaco o di un suo delegato in seno all'assemblea. È, cioè, l'organo collegiale rappresentativo e politico dell'ente di riferimento ad esercitare il controllo sugli atti fondamentali e

non il Sindaco in veste sostanzialmente monocratica (tenuto ad esprimere il diritto di voto in un'assemblea di cui è – e deve rimanere secondo l'attuale giurisprudenza - unico socio).

In tema di **limitazioni alla spesa pubblica** e nel quadro costituzionale innanzi delineato, quindi, **l'ente locale di riferimento può impartire delle direttive** e può rendere applicabili ai **propri organismi partecipati** quelle **disposizioni di provenienza dalla legislazione nazionale che costituiscono, per gli enti locali, principi generali di coordinamento della finanza pubblica.**

L'esercizio di tali poteri rende, quindi, le disposizioni della legge nazionale immediatamente applicabili, con la rilevante differenza, però, che la provenienza, e la relativa cogenza quindi, sono di ispirazione “negoziale” o “provvedimentale” e non autoritativa o imperativa.

L'applicazione del patto di stabilità interno alle aziende speciali e agli organismi partecipati. Assoggettabilità al patto di stabilità interno delle aziende speciali e, in senso lato, di tutti gli organismi partecipati. Ed infatti, la norma dell'art. 1 comma 553 legge 147/2013 si riferisce unitariamente **sia alle società partecipate che alle aziende speciali**, e la disciplina che se ne ricava, leggendo anche i successivi commi 559 e 560 della legge (che hanno rispettivamente abrogato l'art. 3-*bis* comma 5 legge 148/2011 e riscritto l'art. 114 comma 5-*bis* d.lgs. 267/2000), risulta unitaria.

- ***La Giurisdizione***

Mentre la società partecipata non è un ente pubblico, l'azienda speciale invece è un **ente pubblico economico** ed in quanto tale ne deriva che è un ente dotato di **personalità giuridica ed autonomia patrimoniale ed imprenditoriale.**

Una volta individuata la natura giuridica dell'azienda speciale si può proseguire affermando agevolmente che la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, ormai da tempo, affermato l'esistenza della **giurisdizione della Corte dei Conti** relativamente ad ogni condotta illecita compiuta dagli amministratori e dai dipendenti degli enti pubblici economici, senza estromettere dal novero degli enti pubblici economici l'azienda speciale.

Se è vero allora che in tema di società *in house* è competente la Corte dei conti, allora a maggior ragione tale ultimo giudice sarà competente anche in tema di azienda speciale.

Nel vigente ordinamento, gli artt. 2221, 2093 e 2201 c.c. dettano lo “statuto” applicabile all'imprenditore pubblico, che prevede:

1) in caso di **insolvenza, esclusione dalle procedure di fallimento e concordato preventivo degli enti pubblici che esercitano un'attività commerciale** (art. 2221 c.c. e art. 1 R.D. 267/1942 legge fallimentare);

2) **assoggettamento, per gli enti pubblici che esercitano impresa, alle disposizioni di diritto comune limitatamente al rapporto di lavoro nell'esercizio dell'impresa** (art. 2093 c.c.);

3) **obbligo di iscrizione nel registro delle imprese dell'ente pubblico che esercita attività commerciale** (art. 2201 c.c.);

4) Prendendo in considerazione l'azienda speciale, si deve aggiungere anche l'art. 123 comma 1 d.lgs. 267/2000, il quale precisa:

a. che l'iscrizione presso il registro delle imprese dell'azienda speciale ha la funzione di cui all'art. 2331 c.c., e cioè costitutiva della autonoma personalità giuridica del soggetto.

b. Dal momento che l'azienda speciale si configura alla stregua di un ente pubblico economico ne discende che, nonostante la distinta personalità giuridica, l'imprenditore azienda speciale, la cui costituzione è una modalità di gestione diretta del servizio, è **escluso dall'applicazione delle procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo** in forza di espressa disposizione di legge. E si badi che questa esclusione è fatta sulla base della veste di soggetto (pubblico) e non soltanto dell'attività da esso esercitata.

- ***La fallibilità delle società “in mano pubblica”.***

Affermare che l'azienda speciale non è soggetta al fallimento, pone, tuttavia, un ulteriore problema. In caso di insolvenza dell'azienda speciale, chi risponderà delle obbligazioni dell'ente? In linea di prima approssimazione, si potrebbe ritenere esistente una responsabilità, quantomeno sussidiaria, dell'ente locale, il quale si è avvalso di uno dei modelli di gestione “diretta” dei servizi pubblici locali (si veda il D.P.R. 902/1986).

Tuttavia, questa conclusione non è suffragata da alcun dato positivo e,

anzi, nell'ambito del diritto pubblico pare sconfessata dal principio di cui all'art. 119 sesto comma Costituzione, il quale esclude ogni garanzia dello Stato sui prestiti contratti dagli enti locali territoriali.

La norma costituzionale traccia un principio generale di autonomia anche patrimoniale tra lo Stato e gli enti locali, i quali sono enti autonomi (art. 114 comma 2 Costituzione). Questo discorso è replicabile anche nell'ambito dei rapporti tra ente locale e suoi organismi partecipati, ed anzi per l'azienda speciale è testualmente previsto richiamandosi l'art. 2331 c.c. (all'art. 123 d.lgs. 267/2000).

Pertanto, l'azienda speciale insolvente continuerà a rimanere debitrice senza possibilità di traslare il debito sull'ente locale di riferimento.

Che l'ente locale di riferimento non sia coinvolto nell'insolvenza dell'azienda speciale è confermato anche dall'impossibilità di estendere all'azienda speciale la disposizione dell'art. 2497 c.c. invece valida per le società commerciali, che delinea una specifica disciplina in capo al socio che esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti dei terzi per il depauperamento del patrimonio sociale

- *Statuto dell'azienda speciale e partecipazione*

Lo statuto può consentire forme di partecipazione e di controllo da parte della collettività. Attraverso il sapiente uso dello strumento statutario, e sfruttando tutti gli spazi di autonomia statutaria (ma anche della potestà regolamentare ex art. 117 , comma 6 cost.) che il vigente assetto costituzionale consente, è possibile costruire un modello di *governance* che valorizzi la partecipazione della cittadinanza, selezionando a monte, in veste di legislatore "locale", gli interessi cui si intende dare ingresso.

Il modello organizzativo societario presenta delle maggiori rigidità rispetto all'azienda speciale, dovute massimamente alle forma giuridica privata di un fenomeno sostanzialmente pubblico: ecco che acquista, dunque, centrale rilevanza lo strumento statutario, il quale è chiamato a plasmare un modello organizzativo societario ispirato e votato a una *mission* pubblica.

L'obbligo di reinvestimento dell'utile (in quota parte o anche *in toto*) nel servizio, sia esso distribuito o appostato a riserva patrimoniale (destinandolo alla copertura dei costi sociali o al miglioramento del servizio).

Infatti, sembra potersi affermare che, a differenza della società di capitali interamente pubblico, non si possa immaginare un'evoluzione del modello fino ad arrivare a concepire una sua quotazione in borsa, mancando titoli rappresentativi del capitale da mettere in circolazione. Questo dato consente di radicare ancora di più il modello dell'azienda speciale sul proprio territorio di riferimento, senza pericolo che la necessità di massimizzare gli utili da distribuire tra gli azionisti - risparmiatori possa incidere negativamente sulla natura pubblica ed essenziale del servizio erogato.

L'orizzonte è dunque quello di "creare" soggettività di diritto pubblico nelle quali alle comunità di riferimento, in una logica né burocratica, né statalista, sia riconosciuto, attraverso l'azione autarchica ed amministrativa dei comuni, un ruolo da protagonista nei processi di *governance*.

- ***Rapporti di Lavoro***

Il d.lgs. 267 del 2000 - nel consentire la qualificazione dell'azienda speciale come ente pubblico economico strumentale - costituisce un elemento indispensabile per affrontare le problematiche relative al rapporto di lavoro con i dipendenti.

In virtù del richiamato inquadramento, l'azienda speciale è caratterizzata dalla natura privatistica del rapporto di lavoro costituito con i propri dipendenti. In tal senso, ad esempio, si legge nello Statuto di ABC all'art 23 che:

Il rapporto di lavoro dei dipendenti dell'azienda, compresi i dirigenti, così come previsto dalla legge, ha natura privatistica. La disciplina generale dello stato giuridico e del trattamento economico del personale dipendente è quella che risulta ..dai vigenti CCNL stipulati dalle associazioni nazionali di categoria delle aziende a cui l'azienda aderisce, dai contratti collettivi integrativi di settore e aziendali, dai contratti individuali, nonché – per quanto in essi stabilito – dalle leggi vigenti.

L'azienda speciale (sul punto non si differenzia da una s.p.a.), pur potendo operare secondo una logica privatistica, e nell'ambito del controllo analogo, deve tener conto, come le s.p.a. pubbliche, delle limitazioni o divieti alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva per il personale e per gli amministratori, anche sotto forma di consulenza.

I rapporti di lavoro continuano, senza soluzione di continuità, con l'azienda speciale, con la conservazione del regime giuridico esistente (ovvero della s.p.a.).

Ovviamente ciò non esclude che, nel regime dell'azienda speciale, si possano avere migliori condizioni di lavoro – sempre tenendo conto dei vincoli di bilancio – essendo affidata alla forza – ma anche alla responsabilità - dei sindacati la possibilità di ottenere trattamenti più favorevoli per i lavoratori.

Posto, allora, che i lavoratori conservano, nell'ambito dell'azienda speciale, i diritti riconosciuti in virtù della disciplina precedente e fino alle modifiche disposte successivamente, non si può opporre il rilievo che la conservazione di tali diritti possa comportare il superamento dei vincoli di bilancio.

Nel caso in cui ciò dovesse verificarsi opera quanto dispone il comma 6 dell'art 114 TUEL ove è testualmente previsto che l'ente locale provvede alla copertura degli eventuali costi sociali. Solo in conseguenza del rinnovo del contratto sarà possibile modificare – anche *in peius* – le condizioni economiche e normative in precedenza previste dal contratto scaduto.

Alla luce di tanto, è evidente che i lavoratori – come si è detto fino alla scadenza del contratto collettivo e di quello aziendale in vigore – conservano il diritto a tutti quei benefici (buoni pasto, CRAL, *bonus*,...), dei quali godano al momento della trasformazione.

Il sistema concorsuale (la cui adozione non è richiesta nel caso di spa, per le quali è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità degli organi rappresentativi la scelta e la selezione del personale), è uno strumento che, se correttamente gestito, offre garanzia di imparzialità per il reclutamento del personale più meritevole e, quindi, più idoneo a svolgere le mansioni che saranno affidate.

- ***Il regime contributivo***

Nessun dubbio può aversi in ordine alla posizione contributiva – non diversa da un qualsiasi soggetto privato - in quanto trattandosi di un rapporto di lavoro privato gli oneri di previdenza sono dovuti all'INPS in conformità delle disposizioni in vigore, in quanto gestore della previdenza generale obbligatoria (r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827),

mentre per quanto riguarda l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali l'ente competente è l'INAIL (r.d. 23 marzo 1933 n. 264 e d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124).

- *Aspetti Fiscali*

Svolgendo l'attività con autonoma rilevanza commerciale e, quindi, in posizione di terzietà rispetto all'ente territoriale (operando, in altri termini, come ogni impresa commerciale), le aziende speciali «sono a tutti gli effetti soggetti passivi d'imposta distinti dall'ente locale e sono sottoposte, come tali, al regime tipico delle società di diritto privato di cui alla lettera *a*) dell'articolo 73, comma 1, del t.u.i.r.» (cfr. Ris. Ag. Entr., 26 settembre 2005, n. 131/E).

In altri termini, le aziende speciali, in quanto giuridicamente **definibili come soggetti autonomi sotto il profilo amministrativo e civilistico, sono soggetti passivi d'imposta sotto il profilo tributario.**

Pertanto, le aziende speciali, generalmente:

- a) sono **soggetti passivi ai fini Ires**, in quanto enti commerciali (art. 73, comma 1, lett. b) del t.u.i.r., approvato con d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917) o non commerciali (art. 73, comma 1, lett. c) del t.u.i.r.);
- b) sono **soggetti passivi ai fini Iva** (artt. 1 e 4, d.p.r. 26 ottobre 1972 n. 633), nel caso in cui svolgano attività commerciali.