



LUISS Law Review

N. 1/2017

PARTE PRIMA

ARTICOLI

<i>La gestione dei rifiuti di imballaggio per la tutela dell'ambiente</i> , di Gian Domenico Mosco.....	6
<i>Prime considerazioni sulla nuova disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche</i> , di Francesco Maria Ciaralli.....	54
<i>The second pillar of the Banking Union</i> , di Raffaele Felicetti.....	77
<i>Scelte gestorie e finalità di beneficio comune nel nuovo modello di società benefit</i> , di Martina Cociolillo.....	98

SCHEDE E ATTUALITÀ

<i>Paesi "black list": evoluzione della normativa fiscale alla luce delle più recenti modifiche</i> , di Francesca Gagliardi.....	114
---	-----

PARTE SECONDA

NOTE A SENTENZA DEGLI STUDENTI

<i>La partecipazione di una s.r.l. in una società di fatto: atto gestorio proprio degli amministratori (Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095)</i> di Davide Maria Testa.....	124
<i>Il termine per la contestazione dell'illecito amministrativo permanente (Cass. 24 marzo 2016, n. 5868)</i> di Claudio Ciccarelli.....	142

LUISS Law Review

LUISS Law Review - Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12

00198 Roma, Italia P.I. 01067231009

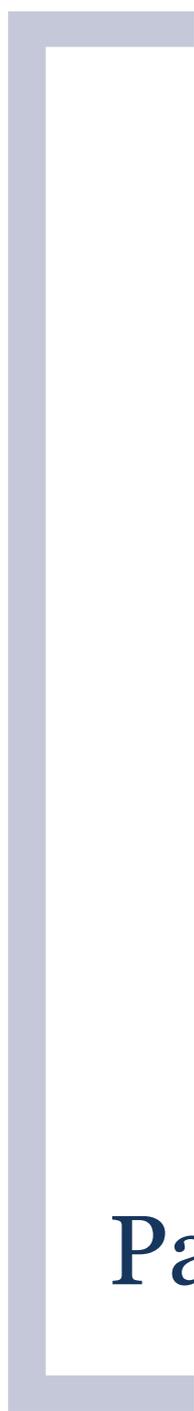
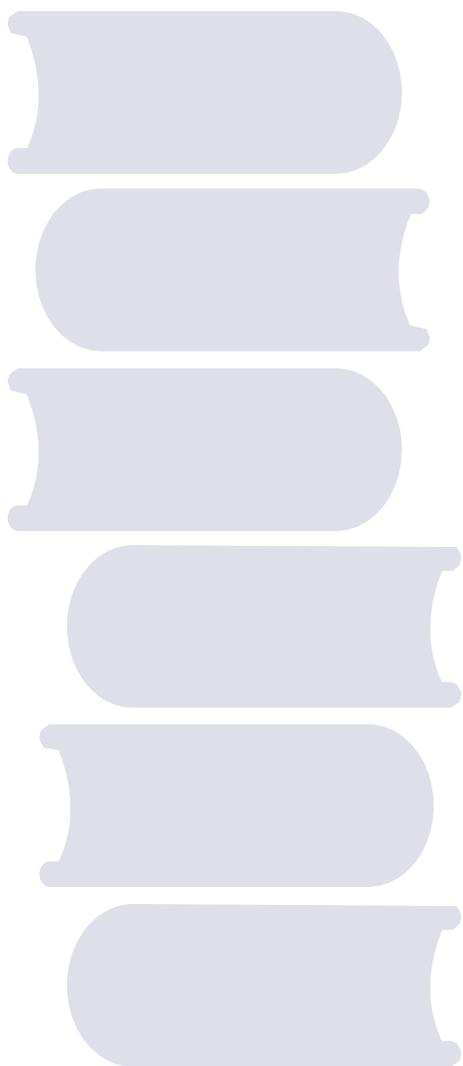
LuiSS Law Review è il periodico del Dipartimento di Giurisprudenza della LuiSS Guido Carli e fa capo al suo centro di ricerca “LuiSS Dream-Diritto e Regole per Europa Amministrazione e Mercati”.

La Rivista intende affrontare i prolemi giuridici e regolatori dell’impresa e del mercato in una prospettiva multidisciplinare, con un’attenzione particolare anche ai profili economici.

Il nome LuiSS Law Review sottolinea l’apertura della Rivista al contesto internazionale, anche nell’auspicio di un confronto costante con la comunità scientifica, non solo italiana, alla quale si rivolge con l’obbiettivo di consolidarsi come un utile strumento di lavoro e di aggiornamento. La diffusione telematica vuole consentire un accesso agevole e aperto a tutti gli interessati.

La Rivista è divisa in due parti. La prima, di carattere propriamente scientifico, contiene una sezione dedicata ai saggi e ai contributi dottrinali (Articoli) e un’altra a interventi più brevi destinati a fornire spunti di riflessione o a fare il punto sulle novità legislative, della giurisprudenza e della dottrina (Schede e attualità).

La seconda parte è riservata agli studenti del Dipartimento di Giurisprudenza, chiamati ad annotare le decisioni giurisprudenziali di maggiore interesse. Si vuole, in questo modo, consentire ai nostri laureandi di iniziare a scrivere “di diritto” e a riflettere sulla sua interpretazione, arricchendo così la loro preparazione con l’esperienza della concreta applicazione critica di quanto si sta studiando.



Parte prima

Articoli



La gestione dei rifiuti di imballaggio per la tutela dell'ambiente
di **GIAN DOMENICO MOSCO**

SOMMARIO **1. GLI IMBALLAGGI** **2. LA DISCIPLINA COMUNITARIA E I SISTEMI NAZIONALI DI GESTIONE DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO** **3. LE PRINCIPALI DEFINIZIONI** **4. LA GESTIONE DEI RIFIUTI DEGLI IMBALLAGGI** **4.1. LA FASE STRUMENTALE** **4.2. LA FASE FINALE** **5. GLI OBIETTIVI PER IL RECUPERO E IL RICICLAGGIO** **6. LE COMPETENZE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE** **7. IL SISTEMA IMPRENDITORIALE DI GESTIONE DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGI** **8. IL CONAI** **8.1 NATURA E STRUTTURA ORGANIZZATIVA** **8.2 FUNZIONI** **8.3 IL CONTRIBUTO AMBIENTALE CONAI (CAC)** **8.4 IL RUOLO DEL CONAI** **9. I CONSORZI DI FILIERA** **10. I CONSORZI DI FILIERA** **11. CONCLUSIONI**

Abstract

Packaging is an important part of the circular economy and the regulation of its waste product is just as vital for the protection of the environment, both from a European Union perspective and from a national one. In Italy the management of packaging waste is distinguished by the fundamental role undertaken by private parties, pursuant to the concept of extended producer responsibility, which is broadly interpreted. Consortiums aimed at cooperation between companies, pursuant to the civil code (Articles 2602 ff. and 2612 ff.) have been effectively employed to create networks between producers and users of packaging, in order to achieve the EU objectives of recovery and recycling of waste. This paper reviews the main traits of the applicable Italian legislation and its application, in order to appreciate, also in light of the relevant case law, the nature, duties and the modus operandi of the private and public bodies, keeping in mind the necessary equilibrium between fostering competition and protecting the environment.

1. Gli imballaggi. Nell'economia moderna quasi tutte le merci hanno imballaggi che le contengono o ne consentono la presentazione o il trasporto.

Gli imballaggi svolgono pertanto “una funzione sociale ed economica fondamentale e sono un elemento indispensabile del sistema moderno di movimentazione delle merci” (così la Comunicazione della Commissione UE2009/C 107/01).

Gli imballaggi sono però destinati, prima o poi, a diventare rifiuti con un impatto significativo sull'ecosistema.

Dal 2005 al 2014 la quantità totale di rifiuti di imballaggio generati nel territorio comunitario (EU-27) è prima costantemente cresciuta da 78,9 milioni di tonnellate nel 2005 a 81,3 milioni di tonnellate nel 2008, poi calata, anche per effetto della crisi economica, negli anni successivi. Dalle 76,5 milioni di tonnellate nel 2009 si è tornati a livelli paragonabili a quelli di prima della crisi solo nel 2014, con 82,5 milioni di tonnellate. Sempre nel 2014 ciascun cittadino dell'Unione Europea (EU-28) ha prodotto in media 162,6 kg di rifiuti da imballaggi; erano circa 160 kg pro-capite negli anni immediatamente precedenti la crisi (v. Eurostat - *Packaging waste statistics*, dicembre 2016).

La prevenzione e la corretta gestione dei rifiuti di imballaggio costituiscono pertanto due delle principali priorità della strategia di sviluppo sostenibile dell'Unione Europea (v. già il documento del Consiglio dell'Unione Europea n. 10117/2006 del 9 giugno 2006 - *Review of the EU Sustainable Development Strategy - EU SDS*) e rivestono ormai un ruolo centrale nell'ambito dei piani d'azione comunitari per l'economia circolare (v. la comunicazione della Commissione (COM) 2015-614, del 2 dicembre 2015, *L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare*; v. anche la relazione della Commissione (COM) 2017-33, del 26 gennaio 2017, *Attuazione del piano d'azione per l'economia circolare*).

Conseguentemente, da tempo la regolamentazione dei rifiuti di imballaggi riveste un ruolo importante e specifico nella regolamentazione ambientale comunitaria e nazionale.

In Italia la gestione dei rifiuti di imballaggio si caratterizza per il ruolo fondamentale svolto dai privati in un'applicazione ampia e sostanziale del principio dell'*extended producer responsibility*.

Si tratta di un modello peculiare nel panorama sia italiano con riguardo alla realizzazione di interessi che investono la collettività, sia europeo per quanto concerne specificamente la gestione degli imballaggi. Il modello si caratterizza per la presenza di *networks* tra produttori e utilizzatori di imballaggi che si sono rivelati strumenti efficaci per il conseguimento degli obiettivi

comunitari di recupero e di riciclaggio, ma hanno suscitato dubbi sotto il profilo della tutela della concorrenza.

È dunque opportuno ricostruire i principali aspetti della legislazione che ne è alla base anche alla luce dell'interpretazione che ne danno le ormai numerose decisioni giurisprudenziali e degli interventi dell'autorità *antitrust*, cercando di chiarire natura, funzioni e modi di operare dei soggetti, privati e pubblici, che costituiscono l'ossatura del modello.

2. La disciplina comunitaria e i sistemi nazionali di gestione dei rifiuti di imballaggio. La nostra disciplina degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio trova origine nella direttiva n. 94/62/Ce, più volte modificata nel corso del tempo, in particolare dalla direttiva n. 2004/12/Ce, dalla direttiva n. 2013/2/Ce e da ultimo dalla direttiva n. 2015/720/Ue (in seguito, anche direttiva imballaggi).

La direttiva n. 94/62/Ce è parte di un contesto più ampio di regolamentazione europea del settore, basato oggi sulla direttiva 2008/98/Ce relativa ai rifiuti, che costituisce il punto di arrivo di un lungo percorso evolutivo. In un unico testo normativo sono riunite le discipline dei "normali" rifiuti, di quelli pericolosi e degli oli esausti, prima contenute in varie direttive.

La direttiva n. 2008/98/Ce non riguarda però alcune discipline specifiche, tra le quali, per l'appunto, quella contenuta nella direttiva imballaggi oltre che nelle direttive sui policlorodifenili e policlorotrifenili, su pile e accumulatori, sui veicoli fuori uso, sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche.

Nel complesso, il sistema normativo del settore dei rifiuti vuole assicurare, tenuto conto della specificità dei vari beni e dei relativi residui, la prevenzione e la riduzione della produzione dei rifiuti e la loro corretta gestione, favorendone la raccolta differenziata, il riutilizzo, il recupero e il riciclaggio, con lo scopo di ridurre al minimo le conseguenze negative per la salute umana e per l'ambiente (v. la Comunicazione della Commissione (COM) 2011-13, del 19 gennaio 2011, *La strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti*).

Nella più parte dei Paesi europei (per esempio, in Francia e Spagna) l'applicazione della regolamentazione comunitaria ha portato a realizzare sistemi, pur diversi tra loro, caratterizzati dalla presenza di alcune fasi della gestione assegnate alla competenza dell'autorità pubblica (prevalentemente, quelle della raccolta su superficie pubblica) e di altre affidate ai produttori (e utilizzatori) di imballaggi, che possono operare tramite *compliance schemes* (normalmente, le fasi della raccolta dei rifiuti da superfici private e quelle del trattamento a valle della raccolta, compreso l'avvio a recupero e riciclaggio).

Da questi sistemi di gestione, che possono definirsi integrati, si distingue quello c.d. duale, presente soprattutto nel Nord Europa (per esempio, in Germania, Finlandia e Svezia). In quest'altro modello i produttori possono, anche in questo caso eventualmente attraverso *compliance schemes*, realizzare l'intera gestione dei rifiuti di imballaggio, dalla fase della raccolta, anche su superficie pubblica, fino al loro recupero/riciclaggio, con la conseguenza che in uno stesso ambito territoriale il loro sistema di gestione può coesistere con altri sistemi di gestione, anche di competenza dell'autorità pubblica. In Germania, per esempio, la gestione dei rifiuti di imballaggio diversi da quelli cellulosici è affidata ai produttori e ai detentori di imballaggi che realizzano in autonomia tutto il ciclo di gestione, compresa la raccolta, anche su superficie pubblica; vi sono così diversi sistemi per le varie tipologie di rifiuti di imballaggio nonché per quelli differenziati di origine cellulosica, per quelli indifferenziati e per quelli organici, rientranti invece nella competenza delle autorità pubbliche (v. COLOMBO, GRILLO, OLIVIERI, 2017).

Il sistema italiano di gestione dei rifiuti di imballaggio fa parte dei modelli integrati di gestione e si caratterizza per il rilievo che assumono le fasi di competenza delle imprese produttrici e utilizzatrici, che ne assicurano una configurazione di tipo soprattutto privatistico e imprenditoriale.

3. Le principali definizioni. L'art. 218, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 152/2006, riproducendo il contenuto della direttiva imballaggi, definisce l'imballaggio come "il prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito

a contenere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a proteggerle, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, ad assicurare la loro presentazione, nonché gli articoli a perdere usati allo stesso scopo”.

La nozione costituisce la categoria generale di riferimento del concetto di imballaggio, che è poi articolato nelle sub-categorie di imballaggio “per la vendita” o “primario”, imballaggio “multiplo” o “secondario” e imballaggio “per il trasporto” o “terziario” (lettere b), c) e d) dell'art. 218, comma 1, che riproduce in sostanza l'art. 3, par. 1, lettere a), b) e c) della direttiva 94/62/Ce).

In particolare, l'imballaggio è **primario** se è “concepito in modo da costituire, nel punto di vendita, un'unità di vendita per l'utente finale o per il consumatore” (art. 218, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 152/2006); **secondario**, se costituisce “nel punto di vendita il raggruppamento di un certo numero di unità di vendita, indipendentemente dal fatto che sia venduto come tale all'utente finale o al consumatore, o che serva soltanto a facilitare il rifornimento degli scaffali nel punto di vendita. Esso può essere rimosso dal prodotto senza alterarne le caratteristiche” (art. 218, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 152/2006); **terziario**, se facilita “la manipolazione ed il trasporto di merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, di un certo numero di unità di vendita oppure di imballaggi multipli per evitare la loro manipolazione ed i danni connessi al trasporto, esclusi i container per i trasporti stradali, ferroviari, marittimi ed aerei” (art. 218, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 152/2006).

Per l'art. 218, comma 2, la definizione di imballaggio è basata inoltre su alcuni criteri interpretativi presenti nell'art. 3 della direttiva 94/62/Ce e sugli esempi illustrativi contenuti in un allegato (allegato E). Si tratta dei criteri e degli esempi forniti dall'allegato I della direttiva imballaggi per “precisa[re] ulteriormente la nozione di «imballaggio»”. Ciò vuol dire che non possono essere interpretati in maniera contrastante rispetto alla nozione generale di imballaggio, che rappresenta il dettato normativo fondamentale per la determinazione della natura di imballaggio di un bene.

L'imballaggio ha dunque diverse funzioni – contenimento, manipolazione, protezione, consegna e presentazione – che non hanno carattere cumulativo, né escludono che un imballaggio possa svolgere in concreto una funzione ulteriore rispetto a esse restando soggetto alla disciplina degli imballaggi.

Inoltre, un bene è qualificabile come imballaggio in considerazione della sua funzione di contenimento o di protezione o di presentazione di merci in una fase qualunque del ciclo economico di queste, dalla produzione fino al consumo, consentendone la manipolazione e la consegna dal produttore all'utilizzatore ovvero dall'utilizzatore al consumatore. A tal fine occorre procedere a un giudizio tecnico prognostico volto ad analizzare la funzione del bene tenuto conto della sua destinazione intrinseca, senza che possano rilevare in senso contrario le varie possibili modalità del suo utilizzo o i suoi usi secondari concretamente verificabili *ex post*.

Il legislatore definisce anche il **rifiuto di imballaggio** (art. 218, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 152/2006), che è “ogni imballaggio o materiale di imballaggio rientrante nella definizione di rifiuto di cui all'art. 183, comma 1, lettera a), esclusi i residui della produzione”, articolo quest'ultimo che a sua volta stabilisce che il rifiuto è “qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi”.

Il testo unico ambientale ricava la nozione direttamente dalla disciplina comunitaria e, in particolare, dall'art. 3, comma 1, lett. a), della direttiva generale sui rifiuti n. 2008/98/Ce, che riproduce senza sostanziali modificazioni la definizione di rifiuto originariamente introdotta dalla ormai abrogata direttiva 1975/442/Ce.

Per il legislatore nazionale, e prima ancora per quello comunitario, il rifiuto non si identifica esclusivamente con la *res derelicta*, posto che la qualificazione giuridica di un bene come rifiuto può prescindere dall'azione umana dell'abbandono a condizione che vi sia in capo al detentore “l'intenzione o l'obbligo di disfarsi” dello stesso.

L'ampiezza della definizione legislativa rispetto alla nozione di rifiuto propria del senso comune trova giustificazione e discende dai principi di precauzione e di prevenzione nella produzione di rifiuti, principi ai quali è improntata la disciplina comunitaria al fine di conseguire la tutela ambientale nella misura massima possibile.

Resta però incerta la riconducibilità alla nozione di rifiuto di quei casi nei quali manchi la condotta umana del disfarsi. A lungo si sono contrapposte due interpretazioni, la c.d. concezione oggettivistica di rifiuto, per la quale sono rifiuti tutti gli oggetti e le sostanze usate che, per le condizioni oggettive in cui si trovano, sono insuscettibili di arrecare nuovamente al detentore l'utilità originaria in mancanza di trattamento. E quella c.d. soggettivistica, che dà rilievo decisivo all'*intenzione di disfarsi* rinvenibile nella formulazione normativa, e dunque alla destinazione impressa al bene dalla volontà del suo detentore. La conseguenza è che non sarebbe rifiuto tutto ciò che il detentore conserva (in mancanza di un diverso obbligo giuridico) allo scopo di riutilizzarlo, anche previo trattamento e in un ciclo di produzione o di consumo diverso da quello originario o che cede a terzi a fronte di un corrispettivo, costituito da denaro o da altre utilità economiche.

Oggi, peraltro, dopo diverse sentenze della Corte di Giustizia europea, si è affermata un'interpretazione della definizione di rifiuto su basi non teorico- astratte, ma concrete, secondo la quale "sono le circostanze specifiche a fare di un materiale un rifiuto" così che "le autorità competenti devono decidere «caso per caso»" (così la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sui rifiuti e sui sottoprodotti del 21 febbraio 2007 (COM) 2007-59).

I rifiuti sono classificabili, oltre che in rifiuti pericolosi e non pericolosi "secondo le caratteristiche di pericolosità" di cui all'allegato I della parte IV del d. lgs. n. 152/2006, in rifiuti urbani e speciali in ragione della "origine del rifiuto" (art. 184, comma 1).

Alla luce dell'art. 184, comma 2, può dirsi che sono **rifiuti urbani** quelli derivanti da locali e luoghi privati e non prodotti nell'ambito di attività (*lato sensu*) imprenditoriali ovvero quelli che avendo specifiche caratteristiche

provengono da o giacciono su luoghi pubblici o di uso pubblico; mentre sono **rifiuti speciali** quelli derivanti da attività (*latu sensu*) imprenditoriali.

Sono, inoltre, **rifiuti assimilati** quei rifiuti speciali – in quanto provenienti da locali e luoghi diversi da quelli adibiti a civile abitazione (e v. anche l'art. 198, comma 2, lettera g., del d. lgs. n. 152/2006) – che sono ricompresi tra quelli urbani per effetto di una scelta compiuta dai comuni per ragioni di carattere pratico ed economico, sulla base del disposto della lett. b) del secondo comma dell'art. 184.

L'assimiliazione dovrebbe rispettare i criteri “qualitativi e quali-quantitativi” stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente, d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico (art. 195, comma 2, lett. e).

Peraltro, poiché a oggi il decreto non è stato approvato, in applicazione dell'art. 1, comma 184, lett. b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 i comuni sono solo tenuti a rispettare i generici indirizzi forniti dalla deliberazione del comitato interministeriale per i rifiuti del 27 luglio 1984 attuativa dell'art. 4 del d.p.r. n. 915/1982.

Altre definizioni importanti sono quelle di produttori e utilizzatori di imballaggi e di consumatori.

I **produttori** di imballaggi sono “i fornitori di materiali di imballaggio, i fabbricanti, i trasformatori e gli importatori di imballaggi vuoti e di materiali di imballaggio” (art. 218, comma 1, lett. r, d.lgs. n. 152/2006); gli **utilizzatori** di imballaggi sono, invece, “i commercianti, i distributori, gli addetti al riempimento, gli utenti di imballaggi e gli importatori di imballaggi pieni” (art. 218, comma 1, lett. s, d.lgs. 152/2006). I **consumatori**, infine, sono i soggetti che “fuori dall'esercizio di una attività professionale acquista[no] o importa[no] per proprio uso imballaggi, articoli o merci imballate” (art. 218, comma 1, lett. v) del d. lgs. n. 152/2006) e sono contrapposti agli utenti finali, i quali “nell'esercizio di un'attività professionale acquista[no], come beni strumentali, articoli o merci imballate” (art. 218, comma 1, lett. u) del d. lgs. n. 152/2006).

4. La gestione dei rifiuti degli imballaggi. La gestione dei rifiuti degli imballaggi si compone di quattro attività tra loro strutturalmente collegate, vale a dire la raccolta, il trasporto, lo smaltimento, il recupero (che comprende, con autonomo rilievo, il riciclaggio) dei rifiuti (art. 218, comma 1, lett. g), del d. lgs. n. 152/2006, attraverso un rinvio alla nozione di gestione dettata con riferimento ai rifiuti in genere dall'art. 183, comma 1, lett. n).

Tra le diverse attività di gestione dei rifiuti vi è una profonda interdipendenza, ma è possibile suddividere idealmente la gestione in una fase per così dire 'strumentale', costituita dalla raccolta e dal trasporto dei rifiuti, e in una fase 'finale' volta al loro trattamento, che può alternativamente consistere in operazioni di recupero, compreso il riciclaggio, ovvero di smaltimento.

4.1 La fase strumentale. a) La raccolta. A norma dell'art 222 del d. lgs. n. 152/2006, la pubblica amministrazione "deve organizzare adeguati sistemi di raccolta differenziata in modo da permettere al consumatore di conferire al servizio pubblico rifiuti di imballaggio selezionati dai rifiuti domestici e da altri tipi di rifiuti di imballaggio".

La raccolta è l'operazione di "prelievo dei rifiuti, compresi la cernita preliminare e il deposito (...) ai fini del loro trasporto in un impianto di trattamento" (art. 183, comma 1, lett. o), operazione che il legislatore distingue ulteriormente in raccolta semplice e raccolta differenziata, quest'ultima caratterizzata dalla circostanza che il flusso di rifiuti è "tenuto separato in base al tipo ed alla natura dei rifiuti al fine di facilitarne il trattamento specifico" (art. 183, comma 1, lett. p). Per espressa previsione legislativa, inoltre, è considerata operazione di raccolta "la gestione dei centri di raccolta", comunemente noti come isole ecologiche, apposite aree presidiate e allestite "per l'attività di raccolta mediante raggruppamento differenziato dei rifiuti urbani per frazioni omogenee conferiti dai detentori per il trasporto agli impianti di recupero e trattamento" (art. 183, comma 1, lett. mm).

L'attività di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e dei c.d. rifiuti assimilati è tradizionalmente oggetto di privativa comunale e lo stesso art. 198,

comma 1, del d.lgs. n. 152/2006 prevede che “sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”.

Peraltro, non ogni attività di raccolta di rifiuti di imballaggio va compiuta necessariamente da parte della pubblica amministrazione comunale in regime di privativa.

In particolare, la “raccolta dei rifiuti di imballaggi secondari e terziari su superfici private” costituisce un'attività imposta ai produttori di imballaggi ai sensi dell'art. 221, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006.

Non è chiaro, in mancanza di specifiche indicazioni normative, se il riferimento alla **superficie privata** – piuttosto che **pubblica** – di provenienza del rifiuto sia da riferire al luogo di produzione del rifiuto o a quello in cui esso si raccoglie, con evidenti ripercussioni in merito alla stessa identificazione dei limiti della privativa comunale concernente la raccolta dei rifiuti di imballaggio.

In ogni caso, venuta meno per effetto della legge 31 luglio 2002, n. 179 la privativa gestoria di carattere sostanzialmente assoluto in origine riconosciuta dall'art. 21 del d. lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 (c.d. decreto *Ronchi*) e sopresse le autorità d'ambito, con conseguente abrogazione dell'art. 201 del d. lgs. n. 152/2006, a opera dell'art. 2, comma 186, della l. n. 191/2009, sussiste oggi un sistema articolato nel quale la privativa comunale è mantenuta solo per alcune attività di gestione e coesiste con altre attività svolte in regime di libera concorrenza.

È difficile circoscrivere con esattezza l'ambito della privativa comunale in funzione, tra l'altro, della finalizzazione dell'attività di raccolta (al recupero o allo smaltimento) nonché dell'origine (da superficie pubblica o privata) e della natura (urbani, speciali o assimilati) dei rifiuti che ne sono oggetto. L'evoluzione legislativa anche relativa alla c.d. assimilazione – che muove dall'art. 21 del d. lgs. n. 22/97, passa dalla novella n. 179 del 2002, termina con gli artt. 198,

comma 2, lett. g) e 195, comma 2, lett. e) del d. lgs. n. 152/2006 – porta comunque a una considerazione del regime di privativa comunale in termini ristretti, in particolare per quanto concerne gli imballaggi, in linea con il processo di liberalizzazione in atto e con le esigenze concorrenziali. Ne consegue che vanno considerate in via di principio liberamente esercitabili le operazioni di gestione che possono essere regolate direttamente dal mercato; riservate, invece, alla competenza esclusiva del soggetto pubblico quelle fasi (o loro segmenti) per le quali prevalgono le complessive esigenze di tutela ambientale, anche in ragione dei rischi di fallimento del mercato.

b. Il trasporto. Se, in generale, il trasporto è il trasferimento da un luogo all'altro di una cosa o di una persona, nel d. lgs. n. 152/2006 manca una definizione specifica dell'attività di trasporto dei rifiuti, anche di imballaggio.

Il trasporto è peraltro espressamente indicato come una delle attività nelle quali si sostanzia la gestione dei rifiuti in genere (art. 183, comma 1, lett. n) e che viene funzionalmente collegata alla loro raccolta, nel senso che quest'ultima è sempre finalizzata, per l'appunto, al "trasporto [dei rifiuti raccolti] in un impianto di trattamento" (art. 183, comma 1, lett. o).

L'attività di trasporto dei rifiuti interessa dunque trasversalmente tutte le fasi della loro gestione, dalla raccolta fino al trattamento finale, proprio perché ne consente la movimentazione tra i diversi siti nei quali essi sono depositati, stoccati e (o) trattati.

Non a caso, l'attività di trasporto diventa oggetto di regolamentazione più dettagliata nell'ambito della disciplina della tracciabilità dei rifiuti, che "deve essere garantita dalla loro produzione fino alla loro destinazione finale" (art. 188-*bis*, comma 1) e che si incentra sul c.d. sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti – SISTRI (art. 188-*ter*), nonché sull'obbligo di tenuta dei registri di carico e scarico (art. 190) e dei formulari di identificazione (art. 193, articolo rubricato, per l'appunto, *Trasporto dei rifiuti*).

4.2 La fase finale. Il “trattamento” dei rifiuti comprende due gruppi di operazioni caratterizzate da una contrapposizione funzionale, quelle di “recupero”, incluse le relative attività preparatorie, e quelle di “smaltimento” (cfr. art. 183, comma 1, lett. s).

c. Il recupero. Il “recupero dei rifiuti generati da imballaggi” si sostanzia nelle “operazioni che utilizzano rifiuti di imballaggio per generare materie prime secondarie, prodotti o combustibili, attraverso trattamenti meccanici, termici, chimici o biologici, inclusa la cernita, e, in particolare, le operazioni previste nell'allegato C alla parte quarta del presente decreto” (art. 218, comma 1, lett. m, del d. lgs. n. 152/2006).

Secondo l'art. 183, comma 1, lett. t, del d. lgs. n. 152/2006 è recupero, infatti, “qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale” (art. 183, comma 1, lett. t).

c.1 Il riciclaggio. Nell'ambito delle operazioni di recupero il legislatore attribuisce un autonomo rilievo al riciclaggio, che è il “ritrattamento in un processo di produzione dei rifiuti di imballaggio per la loro funzione originaria o per altri fini, incluso il riciclaggio organico e ad esclusione del recupero di energia” (art. 218, comma 1, lett. l, del d. lgs. n. 152/2006).

Tra l'attività di recupero e quella di riciclaggio dei rifiuti di imballaggio vi è una relazione di genere (recupero) a specie (riciclaggio), poiché è recupero un vasto gruppo di operazioni che consente di ricavare dai rifiuti (di imballaggio) un'utilità economico-produttiva, mentre è riciclaggio solo una parte delle operazioni di recupero caratterizzata da una specifica finalità, che è quella di “ottenere prodotti, materiali o sostanze da utilizzare per la loro funzione originaria o per altri fini”. L'esempio più rilevante è quello della termovalorizzazione, vale a dire del recupero di energia derivante

dall'eliminazione in un inceneritore dei rifiuti (di imballaggio), che rientra nella nozione di recupero ma non in quella di riciclaggio, che la esclude espressamente.

Tuttavia, se la fase del recupero comprende quella del riciclaggio, essa egualmente si sdoppia in ragione di una distinzione di finalità interna all'attività di recupero (in senso ampio) e, di conseguenza, di ruolo e interessi.

Il riciclaggio, rispetto al più generale recupero, svolge una funzione di maggiore utilità ambientale, ritrattando i rifiuti di imballaggio al fine di una loro nuova e autonoma utilità economica quali prodotti, materiali o sostanze riutilizzabili.

Lo stesso il legislatore nazionale e comunitario (art. 179, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 152/2006; art. 4 della direttiva n. 2008/98/Ce), nel delineare un "ordine di priorità di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale" con riguardo alla gestione dei rifiuti, pone il riciclaggio in posizione privilegiata, preceduto solo dalla prevenzione e dalla preparazione per il riutilizzo dei rifiuti.

Va in ogni caso considerato che la sottoposizione di un rifiuto di imballaggio ad attività di recupero o di riciclaggio può far perdere al bene e (o) alle sostanze che lo compongono la qualificazione di rifiuto.

L'art. 184-*ter* del d. lgs. n. 152/2006 stabilisce che "un rifiuto cessa di essere tale quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo, e soddisfa i criteri specifici, da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni:

- a) la sostanza o l'oggetto è comunemente utilizzato per scopi specifici;
- b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto;
- c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti;
- d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana" (comma 1).

La previsione normativa precisa inoltre che "l'operazione di recupero può consistere semplicemente nel controllare i rifiuti per verificare se soddisfano i criteri elaborati conformemente alle predette condizioni" (comma 2) e che "la

disciplina in materia di gestione dei rifiuti si applica fino alla cessazione della qualifica di rifiuto” (comma 5).

I criteri per stabilire quando un rifiuto sottoposto a recupero o riciclaggio cessi di essere tale (c.d. **end of waste**) devono essere adottati “in conformità a quanto stabilito dalla disciplina comunitaria ovvero, in mancanza di criteri comunitari, caso per caso per specifiche tipologie di rifiuto attraverso uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare” (comma 2). Tuttavia, si prevede (comma 3) che “nelle more dell'adozione di uno o più decreti di cui al comma 2” continuano ad applicarsi le disposizioni, tra l'altro, del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio 5 febbraio 1998.

Quest'ultimo decreto non stabilisce i criteri in presenza dei quali un bene non è più qualificabile rifiuto, ma stabilisce “le norme tecniche generali che (...) individuano i tipi di rifiuti non pericolosi e fissano, per ciascun tipo di rifiuti e per ogni attività e metodo di recupero degli stessi, le condizioni specifiche in base alle quali l'esercizio di tali attività è sottoposto a procedure semplificate” (v. l'art. 1, comma 2, e i relativi allegati), procedure che a livello normativo sono oggi regolate dagli artt. 214 ss. del d. lgs. n. 152/2006.

Non è, dunque, di piana evidenza se il rinvio al d.m. 5 febbraio 1998 compiuto dall'art. 184-*ter* del d. lgs. n. 152/2006 consenta, fino all'adozione dei nuovi decreti attuativi, di:

- a) applicare i criteri del d.m. del 1998 al fine di verificare già oggi se un rifiuto cessi di essere tale;
ovvero
- b) assicurare la perdurante efficacia delle norme concernenti il trattamento semplificato dei rifiuti di cui al d.m. del 1998, senza che i rifiuti così trattati possano perdere tale qualificazione.

Le disposizioni in questione sono in ogni caso indicative della presenza, nel ciclo industriale ed economico del trattamento del rifiuto, anche di quello proveniente da imballaggi, di un momento della sua lavorazione (al quale il legislatore può dare un espresso rilievo giuridico) superato il quale ha ormai perso la natura sua propria di rifiuto.

d. Lo smaltimento. Lo smaltimento consiste nelle operazioni “finalizzat[e] a sottrarre definitivamente un imballaggio o un rifiuto di imballaggio dal circuito economico e (o) di raccolta e in particolare le operazioni previste nell’allegato B alla parte quarta del presente decreto” (cfr. art. 218, comma 1, lett. p, del d. lgs. n. 152/2006).

L’art. 183, comma 1, lett. z, del d. lgs. n. 152/2006 include nello smaltimento “qualsiasi operazione diversa dal recupero”, dunque qualsiasi operazione che non permetta al rifiuto di svolgere un ruolo utile, anche qualora abbia “come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia”.

5. Gli obiettivi per il recupero e il riciclaggio. Gli obiettivi ambientali dei produttori e degli utilizzatori di imballaggi consistono nel raggiungimento di determinate percentuali quantitative di gestione dei rifiuti di imballaggio, qualunque ne sia la derivazione, attraverso le attività considerate più virtuose sul piano ambientale dopo il riutilizzo, vale a dire il recupero e il riciclaggio.

In particolare, l’allegato E del d. lgs. n. 152/2006 fissa i seguenti obiettivi di recupero e di riciclaggio:

- 1) “almeno il 60% dei rifiuti di imballaggio sarà recuperato o sarà incenerito in impianti di incenerimento rifiuti con recupero di energia”;
- 2) “sarà riciclato almeno il 55% e fino all’80% in peso dei rifiuti di imballaggio”;
- 3) “saranno raggiunti i seguenti obiettivi minimi di riciclaggio per i materiali contenuti nei rifiuti di imballaggio: 60% in peso per il vetro; 60% in peso per la carta e il cartone; 50% in peso per i metalli; 26% in peso per la plastica, tenuto conto esclusivamente dei materiali riciclati sotto forma di plastica; 35% in peso per il legno”.

L’allegato riproduce, peraltro in forma più schematica, le percentuali indicate nell’art. 6 della Direttiva Imballaggi e, proprio a causa della sua schematicità, non si sofferma sulle ragioni dell’indicazione di diversi obiettivi di

recupero e di riciclaggio, nonché generali e per singolo materiale, né sul rapporto di autonomia o di dipendenza tra essi sussistenti.

Tenuto conto del rapporto tra recupero e riciclaggio, l'obiettivo relativo al recupero dei rifiuti di imballaggio appare comprensivo di quello del riciclaggio di tali rifiuti.

Di conseguenza, il quadro degli obiettivi fissati nell'allegato E può così essere riassunto: vi è una percentuale complessiva di recupero a livello nazionale dei rifiuti di imballaggio (che include, tra l'altro, il riciclaggio e la valorizzazione termica) pari al 60% dell'immesso. All'interno di questa percentuale complessiva una quota variabile dal 55% all'80% deve costituire oggetto della specifica forma di recupero costituita dal riciclaggio. Infine, è fissata anche una percentuale minima assoluta di riciclaggio per ciascun materiale.

Ciò vuol dire che, ai fini del concorso di un materiale al raggiungimento della percentuale complessiva di recupero del 60%, la quota di rifiuti di imballaggi non riciclati va comunque recuperata in altre forme. Inoltre, al fine di non pregiudicare la realizzazione degli obiettivi generali a livello nazionale, l'eventuale mancata realizzazione dell'obiettivo complessivo del 60% da parte di una filiera deve essere compensata dal raggiungimento di obiettivi complessivi superiori al 60% da parte di altre filiere di materiale.

6. Le competenze della pubblica amministrazione. Il sistema di gestione degli imballaggi per la realizzazione degli obiettivi di recupero e di riciclaggio è fondato sulla cooperazione tra gli operatori economici secondo il criterio della "responsabilità condivisa" (art. 219, comma 2, d.lgs. n. 152/2006) ed è caratterizzato da una ripartizione di competenze tra produttori e utilizzatori di imballaggi da una parte, pubblica amministrazione dall'altra.

In base al principio europeo "chi inquina paga", il testo unico ambientale prevede che i produttori e gli utilizzatori di imballaggi conseguano gli obiettivi finali di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio, assumendosi i costi della raccolta differenziata, del ritiro, del riutilizzo, del recupero e del riciclaggio

di tutti i rifiuti di imballaggio, che non possono quindi ricadere sui consumatori (art. 219, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 152/2006).

Tenuto conto dei fondamentali interessi generali coinvolti nell'attività di gestione dei rifiuti realizzata dai produttori e dagli utilizzatori di imballaggi (l'art. 177, comma 2, d. lgs. n. 152/2006 qualifica espressamente la gestione dei rifiuti come un'attività di pubblico interesse), quest'ultima viene svolta in stretta cooperazione con la pubblica amministrazione e sotto la sua vigilanza.

Il coinvolgimento della pubblica amministrazione avviene a livello sia statale, sia locale. Sono previste infatti numerose e articolate competenze a carico dello Stato, delle regioni e delle province, soprattutto per quanto concerne l'emanazione di atti normativi e provvedimenti di carattere generale e programmatico, nonché l'esercizio di funzioni di vigilanza; nonché specifiche attribuzioni ai comuni, direttamente interessati anche ad attività più strettamente gestionali concernenti principalmente la raccolta dei rifiuti d'imballaggio conferiti al servizio pubblico (artt. da 195 a 198 del d. lgs. n. 152/2006).

Sul piano locale sono dunque le autorità comunali le principali interlocutrici degli imprenditori privati che si occupano della gestione dei rifiuti di imballaggio; su quello nazionale un ruolo centrale è svolto invece dal Ministero dell'ambiente chiamato a esercitare, spesso di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, fondamentali funzioni di formazione secondaria, di indirizzo, di monitoraggio e di vigilanza dell'intero settore.

Presso il Ministero dell'ambiente era stato istituito anche uno specifico organismo denominato Osservatorio nazionale sui rifiuti, con alcune tra le più rilevanti competenze in materia (v. l'art. 206-*bis* del d. lgs. n. 152/2006 nel testo vigente anteriormente alle modificazioni introdotte dall'art. 29 della legge 28 dicembre 2015, n. 221; nonché le numerosissime disposizioni del testo unico ambientale relative alla disciplina degli imballaggi che fanno riferimento all'Osservatorio).

Tuttavia, a seguito di alcuni interventi normativi finalizzati a semplificare l'apparato organizzativo dello Stato, oggi l'Osservatorio non è più operativo (v. il combinato disposto dell'art. 12 del d.p.r. 14 maggio 2007, n. 90 e dell'art. 68 del

decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133).

La cessazione dell'operatività dell'Osservatorio non è peraltro avvenuta né attraverso l'abrogazione espressa dell'art. 206-*bis* (che, peraltro, dopo la modificazione avvenuta per effetto dell'art. 29 della legge n. 221/2015 non contiene più alcun riferimento all'Osservatorio), né delle altre norme del d. lgs. n. 152/2006 che vi fanno riferimento, previsioni che restano in vigore, ancorché private di cogenza con riguardo ai profili relativi all'istituzione e alla composizione dell'Osservatorio. L'art. 29, comma 2, della legge n. 221/2015 ha disposto che "tutti i richiami all'Osservatorio nazionale sui rifiuti e all'Autorità di cui all'articolo 207 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, effettuati [...] dall'articolo 222, comma 2, [...] del medesimo decreto legislativo n. 152 del 2006 o da altre disposizioni di legge si intendono riferiti al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare".

Le funzioni di vigilanza e controllo attribuite all'Osservatorio non sono dunque venute meno e rientrano a pieno titolo nella sfera di attribuzioni del Ministero dell'ambiente (v. anche Tar Lazio, 20 dicembre 2016, n. 12670).

Tra i principali compiti oggi svolti dal Ministero, si rammentano quelli di vigilanza generale sulla gestione dei rifiuti, degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio (art. 206-*bis*, comma 1, lett. a), anche intervenendo con poteri di sollecitazione, nonché di organizzazione della raccolta differenziata in caso di inerzia dei comuni (art. 222); d'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dei sistemi autonomi di gestione dei rifiuti di imballaggio alternativi al modello consortile (art. 221, comma 5); d'accentramento dei flussi informativi in materia di rifiuti di imballaggio provenienti dal sistema consortile e dai sistemi autonomi di gestione (artt. 221, 223, 224 e 225); di verifica dell'attuazione del programma generale di prevenzione e gestione predisposto dal Conai ai sensi dell'art. 225 (art. 206-*bis*, comma 1, lett. d); di predisposizione di un rapporto annuale sulla gestione dei rifiuti, degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio (art. 206-*bis*, comma 1, lett. g); di verifica del raggiungimento degli obiettivi stabiliti dall'Unione europea in materia di rifiuti e

del rispetto della responsabilità estesa del produttore da parte dei produttori e degli importatori di beni (art. 206-*bis*, comma 1, lett. g-*quinquies*).

7. Il sistema imprenditoriale di gestione dei rifiuti di imballaggi. Sulla base del principio europeo dell'*extended producer responsibility* (EPR), “i produttori e gli utilizzatori sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti” (art. 221, comma 1, d. lgs. n. 152/2006). Essi “devono conseguire gli obiettivi finali di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio in conformità alla disciplina comunitaria indicati nell'allegato E” (art. 220, comma 1, d. lgs. n. 152/2006). Inoltre, sono tenuti a farsi carico del “corrispettivo per i maggiori oneri relativi alla raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio pubblico” (svolta in regime di privativa dai Comuni) e dei costi per le attività di ritiro e di riutilizzo dei rifiuti degli imballaggi usati e di raccolta ed eventuale smaltimento dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, nonché dei costi di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio ritirati o raccolti (art. 221, comma 10, d. lgs. n. 152/2006). È espressamente escluso che il sistema possa comportare oneri economici per il consumatore (art. 221, comma 11, d. lgs. n. 152/2006).

Per soddisfare gli obblighi di ritiro, per raggiungere gli obiettivi generali di recupero e riciclaggio stabiliti a livello comunitario e recepiti nel d. lgs. n. 152/2006 e per garantire il necessario raccordo con le amministrazioni pubbliche tanto i produttori quanto gli utilizzatori partecipano al Consorzio Nazionale Imballaggi (in sigla, Conai), salvo che si adotti uno dei sistemi alternativi di gestione.

Ferma la “responsabilità condivisa” sia dei produttori, sia degli utilizzatori per l'adempimento degli obblighi ambientali secondo quanto sopra delineato, ai soli produttori di imballaggi spetta invece di realizzare materialmente (art. 221, comma 3, d. lgs. n. 152/2006):

i) l'attività di ritiro dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico della stessa natura e raccolti in modo differenziato;

ii) l'attività di raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari presso piattaforme private;

iii) l'attività di recupero e di riciclaggio degli imballaggi usati.

A tal fine, i produttori possono alternativamente scegliere di aderire a uno dei consorzi di filiera costituiti per ciascun materiale di imballaggio ai sensi dell'art. 223 del d. lgs. n. 152/2006 o di adottare uno dei sistemi alternativi di gestione (art. 221, comma 3).

Nel settore della gestione dei rifiuti di imballaggio sono presenti anche operatori che, al di fuori del circuito consortile e senza costituire sistemi autonomi di gestione ai sensi dell'art. 221, comma 3, lettere a) o c), del d. lgs. n. 152/2006, svolgono con finalità lucrative attività nelle fasi, in genere, del ritiro, recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio. A questi operatori (c.d. indipendenti) si rivolgono sia i Comuni che non abbiano aderito all'Accordo quadro Anci-Conai o che siano receduti da quest'ultimo (v. il parag. 8), sia utilizzatori industriali e commerciali di imballaggi e altri soggetti privati coinvolti nella raccolta dei rifiuti da superfici private. I produttori e gli utilizzatori degli imballaggi intercettati dagli operatori indipendenti sono comunque soggetti all'adesione a Conai e al conseguente pagamento del CAC poichè non vi è alcuna certezza che gli imballaggi da loro prodotti e utilizzati siano tutti e sempre recuperati dagli operatori indipendenti. Questi, del resto, a differenza del sistema consortile e dei sistemi autonomi ex 221, comma 3, lettere a) o c), del d. lgs. n. 152/2006, svolgono un'attività sottratta a ogni vincolo di servizio universale e di conseguimento degli obiettivi ambientali.

Il sistema nazionale di *compliance schemes* all'EPR è articolato su due livelli, il primo presidiato dal Conai, disciplinato dall'art. 224 del d. lgs. n. 152/2006. Il secondo occupato dai sistemi posti in essere dai produttori per adempiere ai propri obblighi, vale a dire i consorzi di filiera (art. 221, comma 3, lett. b, e art. 223, d.lgs. n. 152/2006) o i sistemi autonomi, i quali ultimi possono consistere sia nell'organizzazione autonoma dell'attività di raccolta, riutilizzo, ritiro, recupero e riciclaggio dei rifiuti dei propri imballaggi (art. 221, comma 3,

lett. a), d.lgs. n. 152/2006), sia in un sistema autosufficiente di restituzione dei propri imballaggi (art. 221, comma 3, lett. c), d.lgs. n. 152/2006).

Il sistema è, dunque, integrato sotto il profilo soggettivo, ma anche nel senso che la gestione dei rifiuti di imballaggio, pur scomposta nella fasi della raccolta differenziata, del ritiro, del riutilizzo, del riciclaggio e del recupero, è necessariamente unificata dal conseguimento degli obiettivi di recupero e di riciclaggio.

Per quanto concerne più specificamente il sistema consortile, quest'ultimo si configura come *compliance scheme* “per così dire a carattere residuale” (v. Consiglio di Stato, sentenze nn. 4475, 4476 e 4477 del 2015), nel senso che è chiamato a operare qualora non siano attivi modelli alternativi secondo le opzioni consentite dalla legge.

Al Conai partecipano infatti i produttori e gli utilizzatori che non operano nell'ambito dei c.d. sistemi autonomi di gestione dei rifiuti di imballaggio nonché quelli che non vi operano in via esclusiva in ragione del fatto che questi sistemi riguardano soltanto alcune delle tipologie di imballaggi da essi prodotti o utilizzati.

Ai consorzi di filiera partecipano invece – tanto da motivarne la denominazione – i produttori di imballaggi di un determinato tipo di materiale (che partecipano anche al Conai) nonché, eventualmente, i relativi utilizzatori, recuperatori e riciclatori.

Con riguardo al Conai e ai consorzi di filiera è sorto il problema della loro natura, privata o pubblica, e dell'obbligatorietà o volontarietà della partecipazione delle imprese.

Per legge, sono enti privati e imprenditoriali che agiscono senza fini di lucro e secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

Si tratta, in particolare, di consorzi tra imprenditori (v. Mosco, 2017) che “non possono qualificarsi alla stregua di consorzi obbligatori ai sensi degli artt. 2616 ss. cod. civ. (...) né come consorzi (...) obbligatori in quanto costituiti mediante apposito provvedimento legislativo”. La circostanza che il d. lgs. n. 152/2006 li qualifichi espressamente come “soggetti muniti di personalità

giuridica di diritto privato” e “la coesistenza, nello stesso settore di gestione dei rifiuti, di operatori privati gestori di sistemi autonomi (...) implicano, per un verso, l’inapplicabilità diretta dei principi in tema di consorzi obbligatori (...) e, per l’altro verso, l’assoggettamento (...) alla disciplina propria dei consorzi volontari, improntata ai principi di autonomia statutaria (a sua volta esplicazione del principio di autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c.), organizzativa e gestionale” (v. con specifico riguardo ai consorzi di filiera Consiglio di Stato, sentenze nn. 4475, 4476 e 4477 del 2015).

Sono, dunque, consorzi di diritto privato e non pubblico che pure perseguono funzioni di interesse per l’intera collettività, e dunque di rilievo pubblicistico, nel campo ambientale, tanto che gli statuti consortili sono approvati con decreto del Ministro dell’ambiente, di concerto con quello delle attività produttive.

Anche in ragione di queste caratteristiche, per quanto possibile, privatistiche e imprenditoriali, il sistema Conai-consorzi di filiera si caratterizza quale prestatore di un servizio di interesse economico generale da esercitare con i vincoli del servizio universale, inteso non solo senso geografico (il servizio va reso su tutto il territorio nazionale) ma anche temporale (la prestazione del servizio va assicurata anche in via anticiclica rispetto al mercato delle materie prime).

Conai sottolinea peraltro in vari suoi documenti (v. da ultimo l’Audizione del 16 gennaio 2017 davanti alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali a esse correlati) che il servizio è svolto in applicazione di un principio di sussidiarietà rispetto al mercato e agli altri operatori privati nell’attività effettuata per il ritiro e il riciclo dei rifiuti di imballaggio, nel senso che ogni qual volta vi sia un intervento del mercato o un interesse di questo a intervenire, che non si ponga in contrasto con gli obiettivi di recupero e riciclaggio, l’apparato consortile non opera o si ritira dopo aver svolto, eventualmente, funzioni di *start-up* o di consolidamento di una risposta alle esigenze ambientali di tipo imprenditoriale e concorrenziale.

8. Il Conai. 8.1 Natura e struttura organizzativa. Il Conai è un consorzio con attività esterna costituito senza fini di lucro dalle imprese produttrici di imballaggi diverse da quelle che abbiano adottato un sistema autonomo di gestione o di restituzione ai sensi dell'art. 221, comma 3, lettere a) e c) del d. lgs. n. 152/2006 con riferimento a tutte le tipologie di imballaggi da esse prodotti, nonché dalle imprese utilizzatrici degli imballaggi realizzati dalle suddette imprese produttrici (sulla sua natura giuridica, v. il precedente parag. 7).

Il Conai è costituito e le imprese vi partecipano allo scopo di raggiungere gli obiettivi globali di recupero e di riciclaggio dei rifiuti di imballaggio indicati nell'allegato E dello stesso d. lgs. n. 152/2006, nonché di garantire il necessario raccordo con l'attività di raccolta differenziata dei rifiuti su superficie pubblica effettuata dalle pubbliche amministrazioni (v. l'art. 221, comma 3, del d. lgs. n. 152/2006).

Il Conai raduna, dunque, necessariamente ed esclusivamente le imprese produttrici, e i relativi utilizzatori di ogni livello fino al consumo, che costituiscono i consorzi di filiera ai sensi degli artt. 221, comma 3, lett. b), e 223 del d. lgs. n. 152/2006. Non hanno invece l'obbligo di partecipare al Conai le imprese produttrici di imballaggi che realizzino un sistema autonomo di gestione dei propri rifiuti ai sensi dell'art. 221, comma 3, lett. a), ovvero un sistema di restituzione dei propri imballaggi ai sensi dell'art. 221, comma 3, lett. c), nonché i loro utilizzatori, ferma la possibilità di partecipare volontariamente al Conai.

Le imprese produttrici e utilizzatrici di imballaggi partecipano al Conai in forma paritaria (art. 224, comma 1, del d. lgs. n. 152/2006) e costituiscono due distinte categorie di consorziati, suddivise a loro volta in diverse componenti a seconda del settore di attività in cui i consorziati operano. Devono iscriversi al Conai (v. il combinato disposto dell'art. 221, comma 2, e dell'art. 218, comma 1, lettere r) e s), del d. lgs. n. 152/2006):

- nella categoria dei produttori: i fornitori di materiali di imballaggio, i fabbricanti, i trasformatori e gli importatori di imballaggi vuoti e di materiali di imballaggio;
- nella categoria degli utilizzatori: i commercianti, i distributori, gli addetti al riempimento, gli utenti di imballaggi e gli importatori di imballaggi pieni.

La gestione del Conai è affidata a un consiglio di amministrazione nel quale sono egualmente rappresentati i produttori e gli utilizzatori, in linea con il principio di pariteticità della partecipazione tra le due categorie di consorziati. Al Ministro dell'ambiente e al Ministro dello sviluppo economico compete l'indicazione del consigliere rappresentante dei consumatori (v. art. 224, comma 10, del d. lgs. n. 152/2006).

8.2 Funzioni. Al Conai sono attribuiti compiti istituzionali che coinvolgono: (i) l'intero sistema di gestione dei rifiuti e dunque anche le imprese che non sono tenute ad aderire al Conai; (ii) specificamente le gestioni consortili.

Con riguardo alla prima tipologia di compiti si tratta, in particolare, delle funzioni di coordinamento dell'attività degli operatori privati con quelle delle pubbliche amministrazioni (art. 221, comma 3, e art. 224, comma 3, lettere a., b., d., f., g. e i.); di raccolta e pubblicazione dei dati e delle informazioni del settore degli imballaggi e relativi rifiuti (art. 220, comma 2), anche attraverso l'elaborazione e l'aggiornamento del Programma generale di prevenzione e gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio (art. 224, comma 3, lettere c. e n., e art. 225); di promozione della cooperazione dei consorzi di cui all'art. 223 e dei soggetti che agiscono autonomamente ai sensi dell'art. 221, comma 3, lettere a. e c. (art. 224, comma 3, lettere e. e l.); di cura dei rapporti con l'Autorità di vigilanza (art. 224, comma 3, lett. m.).

Il Conai è chiamato altresì a fornire, qualora richiesti, "elementi di valutazione" al Ministero dell'ambiente nell'ambito del procedimento di riconoscimento dei sistemi autonomi previsti dall'art. 221, comma 3, lettere a) e c), del d. lgs. n. 152/2006 (art. 221, comma 5, d. lgs. n. 152/2006).

In casi eccezionali può essere svolta anche un'attività operativa. Su richiesta del Ministero dell'ambiente, il Conai può decidere d'intervenire d'urgenza per sostituire temporaneamente i gestori convenzionati con i comuni che non abbiano attivato sistemi adeguati di raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio (art. 222, comma 2). Inoltre, qualora un consorzio di filiera non sottoscriva l'allegato tecnico dell'Accordo Quadro Anci/Conai oppure le relative convenzioni operative con i singoli comuni, il Conai gli subentra nella conclusione di queste ultime "al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di recupero e di riciclaggio" dei rifiuti di imballaggio (art. 224, comma 12, ultimo periodo).

8.3 Il contributo ambientale Conai (CAC). Tra le funzioni del Conai relative alle sole gestioni consortili particolare rilievo ha quella di ripartire tra i produttori e gli utilizzatori, tenendone esenti i consumatori finali, i "maggiori oneri della raccolta differenziata di cui all'art. 221, comma 10, lett. b, nonché gli oneri per il riciclaggio e per il recupero dei rifiuti di imballaggio conferiti al servizio di raccolta differenziata, in proporzione alla quantità totale, al peso ed alla tipologia del materiale di imballaggio immessi sul mercato nazionale, al netto delle quantità di imballaggi usati riutilizzati nell'anno precedente per ciascuna tipologia di materiale", con un'unica eccezione relativa agli "imballaggi riutilizzabili immessi sul mercato previa cauzione" (art. 224, comma 7, d.lgs. 152/2006).

Il Conai "a tal fine determina e pone a carico dei consorziati, con le modalità individuate dallo statuto, (...) il contributo denominato contributo ambientale Conai" (art. 224, comma 3, lett. h, d.lgs. n. 152/2006).

La destinazione del contributo ambientale Conai è rivolta "in via prioritaria" alle attività di "ritiro degli imballaggi primari o comunque conferiti al servizio pubblico" e "in via accessoria" alla "organizzazione dei sistemi di raccolta, recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari" (art. 224, comma 8, del d. lgs. n. 152/2006).

Il contributo ambientale, differenziato in ragione del tipo di materiale di imballaggio, è determinato dal Conai sulla base del programma generale per la prevenzione e la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio, in relazione ai costi della raccolta differenziata, del riciclaggio e del recupero di rifiuti di imballaggi conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata.

Il contributo ambientale è applicato in un momento particolare e unico del ciclo della vita dell'imballaggio, che è quello della sua "prima cessione", da intendersi non necessariamente la prima in senso cronologico, bensì la prima da un produttore a un utilizzatore attraverso la quale l'imballaggio è immesso sul mercato nazionale, giustificando l'applicazione del contributo ambientale. In altre parole, il contributo ambientale è prelevato al momento della cessione dell'imballaggio dall'ultimo operatore della catena di produzione al primo operatore della catena di utilizzazione. Qualora l'immissione dell'imballaggio nel mercato nazionale avvenga per effetto di importazione di imballaggi pieni, ossia di merci imballate, il contributo è prelevato dal consorzio importatore.

L'applicazione del contributo ambientale avviene sugli imballaggi sia primari, sia secondari, sia terziari.

Normalmente, i rifiuti di imballaggi primari finiscono in mano ai consumatori e sono raccolti su superficie pubblica dai Comuni, mentre i rifiuti degli imballaggi secondari e terziari derivano altrettanto prevalentemente da attività industriali e commerciali e si raccolgono in via tendenziale su superficie privata (v. AGCM, *Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani IC 49*, 2016, pag. 170 ss.).

Si pone così il problema se sarebbe preferibile escludere gli imballaggi secondari e terziari dall'assoggettamento al contributo ambientale, sul presupposto che essi sarebbero estranei alla gestione consortile. In giurisprudenza (Tar Lazio n. 2214/1999) si è espressamente affermata la legittimità del meccanismo di prelievo del contributo ambientale su tutti gli imballaggi, dai primari ai terziari. Per l'AGCM, tuttavia, ciò potrebbe creare fenomeni di sussidi incrociati tra i produttori di imballaggi secondari e terziari e i produttori di imballaggi primari (v. *Indagine conoscitiva*, 2016, pag. 182).

Nel valutare l'applicazione del contributo ambientale su qualunque tipologia di imballaggio va in ogni caso considerato che il sistema Conai è chiamato svolgere i servizi di gestione anche con riferimento agli imballaggi secondari e terziari, come espressamente previsto dalla legge (art. 224, comma 8, del d.lgs. n. 152/2006) e che, in particolare, non solo l'effettivo comportamento degli utenti, anche per effetto della diffusione degli acquisti *on line*, fa sì che una quota di imballaggi, secondari ma anche terziari, confluisca nella raccolta differenziata comunale, rientrando nel flusso dei rifiuti d'imballaggio da superficie pubblica; ma soprattutto che per via del meccanismo dell'assimilazione (v. gli artt. 198, comma 2, lett. g) e 195, comma 2, lett. e) del d. lgs. n. 152/2006) gli stessi Comuni equiparano gli imballaggi secondari e terziari costituenti rifiuti speciali ai rifiuti urbani, facendoli confluire nella raccolta da superficie pubblica e dunque nella gestione consortile.

È stato inoltre messo in luce che il pagamento del contributo ambientale Conai anche sugli imballaggi secondari e terziari, compresi quelli intercettati dagli operatori indipendenti, possa essere giustificato sul piano economico come "corrispettivo dell'*onere non equo* sostenuto dal Conai" a fronte dei vincoli di prestazione universale del servizio su di esso gravanti (v. COLOMBO, GRILLO, OLIVIERI, 2017).

In ogni caso, le somme che il Conai acquisisce a titolo di contributo ambientale, dedotta una quota acquisita quali mezzi propri, sono percepite "in nome e per conto" dei consorzi di filiera, quale mandatario all'incasso di questi ultimi. Non costituendo mezzi propri del Conai, le somme sono poi versate ai consorzi di filiera con modalità e tempi che consentano il loro migliore funzionamento e il tempestivo adempimento da parte degli stessi degli obblighi assunti nei confronti dei comuni, o dei gestori convenzionati con questi ultimi, per la raccolta differenziata e il riciclaggio dei rifiuti di imballaggio.

Il d. lgs. n. 152/2006 dà valore al profilo negoziale tra Conai e consorzi di filiera e prevede che il contributo venga attribuito ai consorzi sulla base di apposite convenzioni. Le convenzioni regolano l'incasso e il trasferimento del

contributo ambientale in favore dei consorzi di filiera tenendo conto dell'attività realizzata e del raggiungimento degli obiettivi ambientali.

I consorzi di filiera utilizzano la più parte del contributo ambientale Conai per pagare ai Comuni i costi da questi ultimi sostenuti per la raccolta differenziata sulla superficie pubblica.

In particolare, il sistema consortile riconosce ai comuni un corrispettivo pari ai costi aggiuntivi sostenuti dalla pubblica amministrazione per realizzare, nell'ambito della raccolta dei rifiuti, l'effettuazione della raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio (extracosti o delta-costi: art. 221, comma 10, lett. b, del d. lgs. n. 152/2006).

I costi aggiuntivi sono determinati nell'ambito di un accordo che il Conai è per legge tenuto a concludere con i comuni rappresentati dalla loro associazione nazionale, l'ANCI (art. 224, comma 5, del d. lgs. n. 152/2006).

Il c.d. Accordo Quadro è concluso sulla base di trattative che coinvolgono non solo Anci/Conai, ma anche i consorzi di filiera, che sottoscrivono anch'essi gli allegati tecnici di pertinenza, e le associazioni dei gestori del servizio di raccolta differenziata. L'Accordo Quadro è attuato a livello locale attraverso convenzioni operative concluse tra i singoli comuni e i consorzi di filiera.

Sulla base del principio di sussidiarietà del modello Conai-consorzi di filiera, le pubbliche amministrazioni comunali conservano la facoltà di rivolgersi direttamente al mercato dei sistemi autonomi e degli operatori (recuperatori e riciclatori) indipendenti anziché alle gestioni consortili e a tal fine possono anche recedere dall'Accordo Quadro Anci/Conai e dalle relative convenzioni operative. La scelta di non ricorrere – o di non ricorrere più – al sistema Conai-consorzi di filiera può essere effettuata anche con riferimento soltanto ad alcune tipologie di materiali e, nell'ambito dello stesso tipo di materiale, alla sola parte corrispondente alle eventuali frazioni merceologiche similari.

In applicazione dell' Accordo Quadro Anci/Conai, nel 2014 la quota delle risorse dei consorzi di filiera costituita dal contributo ambientale Conai è stata interamente destinata ai Comuni per un ammontare complessivo di circa 400

milioni di euro (circa 440 milioni di euro nel 2015). Nello stesso anno, grazie ai ricavi delle vendite dei materiali, il sistema consortile ha fatto fronte agli oneri delle attività di avvio a riciclo dei rifiuti da superficie pubblica, oltre che dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari da superficie privata (fonte: Conai, 2017).

9. I consorzi di filiera. I consorzi di filiera sono costituiti dai produttori di ognuna delle tipologie di materiale di imballaggio che non abbiano scelto di operare in via autonoma e sono il Corepla (plastica), il Cial (alluminio), Ricrea (acciaio), Rilegno (legno), il Comieco (carta e cartone), il Coreve (vetro).

I consorzi organizzano e svolgono operativamente le attività: i) di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio; ii) di ripresa degli imballaggi usati; iii) di raccolta dei rifiuti di imballaggi secondari e terziari su superfici private; iv) di ritiro, su indicazione del Conai, dei rifiuti di imballaggio conferiti dal servizio pubblico (art. 221 e art. 223 del d. lgs. n. 152/2006).

I consorzi di filiera sono organizzazioni con “personalità giuridica di diritto privato” (sulla loro natura giuridica, v. il precedente parag. 7), retti da uno statuto approvato dal Ministro dell'ambiente di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e redatto in conformità a uno schema tipo predisposto dai suddetti Ministri (art. 223, comma 2, del d. lgs. n. 152/2006). A seguito dell'annullamento giudiziario del primo decreto di approvazione dello schema tipo emanato il 26 aprile 2013, un secondo schema tipo è stato adottato con decreto del 24 giugno 2016.

La redazione di uno schema tipo di statuto va posta in relazione allo svolgimento da parte dei consorzi di compiti che coinvolgono anche interessi pubblici con riguardo all'ambiente, ma non muta la loro natura di consorzi di diritto privato.

Lo schema di statuto-tipo non può pertanto ledere l'autonomia privata dei consorzi imponendo loro discipline di dettaglio riguardo all'organizzazione interna. Coerentemente con la sua natura di *schema* deve invece strutturarsi in modo da consentire a ciascun consorzio di adeguare lo statuto-tipo alle

caratteristiche della propria compagine consortile e (o) dell'operatività della filiera, senza necessità di un'esplicita autorizzazione ministeriale.

I consorzi di filiera, al pari del Conai, non possono essere considerati concessionari di pubblico servizio posto che il ritiro dei rifiuti provenienti da superficie pubblica è attività resa non alla collettività degli utenti, bensì in favore dei comuni, o dei loro concessionari ed è, dunque, meramente strumentale al servizio pubblico da essi svolto. Va considerato, inoltre, che la raccolta da superficie privata, nonché le attività di avvio a recupero e al riciclaggio dei rifiuti di imballaggio, sono compiute in favore delle imprese che utilizzano gli imballaggi, esse stesse obbligate per legge alla realizzazione degli obiettivi generali di recupero e di riciclaggio insieme ai produttori (v. ancora Consiglio di Stato, sentenze nn. 4475, 4476 e 4477 del 2015).

I consorzi di filiera costituiscono nel loro insieme il secondo livello di operatività del sistema consortile di gestione dei rifiuti di imballaggio (al primo appartenendo, si è visto, il Conai) e sono i soggetti che realizzano le attività gestionali vere e proprie sui rifiuti degli imballaggi (in particolare, quella del ritiro dei rifiuti raccolti su superficie sia pubblica, sia privata e del loro avvio al recupero e al riciclaggio), seguendo gli indirizzi di programmazione e di cooperazione generale predisposti dal Conai.

Ciascun consorzio di filiera trasmette annualmente al Conai, oltre che al Ministero dell'ambiente, i programmi specifici di prevenzione e gestione settoriale che costituiscono la base per l'elaborazione del Programma generale da parte del Conai, che a sua volta individua le misure relative a una serie di obiettivi con riferimento alle singole tipologie di materiale di imballaggio (prevenzione della formazione dei rifiuti, accrescimento della proporzione di imballaggi riciclabili e riutilizzabili, miglioramento della resistenza degli imballaggi, quantità da riciclare e recuperare). Ciascun consorzio di filiera trasmette altresì annualmente al Conai le relazioni sulla gestione di riferite alla gestione realizzata nell'anno precedente, con l'indicazione, tra l'altro, dei risultati conseguiti (art. 223, commi 4, 5 e 6, del d. lgs. n. 152/2006).

I mezzi finanziari per il funzionamento dei consorzi di filiera sono costituiti principalmente dal contributo ambientale Conai che questo versa loro ai sensi dell'art. 224, comma 3, lett. h) e dai contributi dei consorziati. Inoltre, risorse importanti possono derivare dai proventi della cessione, attraverso procedure di selezione quanto più possibile aperte e trasparenti, degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio da essi gestiti. Terminata la fase di *start up*, è opportuno che le procedure consistano di regola in aste pubbliche.

Ai consorzi di filiera possono partecipare anche gli utilizzatori nonché, per effetto di una specifica disposizione del testo unico ambientale (art. 223, comma 1, ultimo periodo), i recuperatori e i riciclatori “che non corrispondono alla categoria dei produttori”, sulla base di un “previo accordo con gli altri consorziati ed unitamente agli stessi”.

La partecipazione ai consorzi di filiera è dunque sempre facoltativa soltanto per i recuperatori (che non siano riciclatori) e per quei riciclatori che non siano al tempo stesso qualificabili come produttori.

Diversamente dai produttori di imballaggi, i “recuperatori” e i “riciclatori” di rifiuti di imballaggio non sono positivamente definiti sotto il profilo soggettivo dall'art. 218 del d. lgs. n. 152/2006, che detta le nozioni rilevanti ai fini del titolo II della parte IV del d. lgs. n. 152/2006. La disposizione si limita a inserirli nell'elencazione degli “operatori economici” effettuata alla lett. q), affiancandoli alle categorie già previste dalle norme comunitarie (“produttori”, “utilizzatori”, “pubbliche amministrazioni e gestori”).

Nondimeno, è possibile identificare le categorie dei recuperatori e dei riciclatori avvalendosi delle definizioni di “recupero” e di “riciclaggio” che il d. lgs. n. 152/2006 fornisce per l'applicazione del titolo II relativo alla gestione degli imballaggi, definizioni che, dunque, assumono rilievo determinante anche con riguardo all'art. 223 di detto decreto (lett. m e l dell'art. 218, comma 1, del d. lgs. n. 152/2006: sulle nozioni di recupero e di riciclaggio v. *supra*, par. 2), fermo il principio che nell'ambito della gestione degli imballaggi i riciclatori e i recuperatori devono recuperare e riciclare anzitutto rifiuti provenienti da imballaggi.

In ogni caso, l'espresso riferimento normativo ai riciclatori diversi dai produttori di imballaggi conferma che i riciclatori che siano al contempo produttori di imballaggi devono (e non possono) partecipare ai consorzi di filiera, salva l'attivazione di sistemi autonomi.

L'art. 223, comma 2, quinto periodo, del d. lgs. n. 152/2006 prevede che "nei consigli di amministrazione dei consorzi il numero dei consiglieri di amministrazione in rappresentanza dei riciclatori e dei recuperatori deve essere uguale" a quello dei consiglieri espressione dei "produttori di materie prime di imballaggio. La presenza di rappresentanti di riciclatori e recuperatori nei consigli d'amministrazione dei consorzi sembra conseguire all'ingresso di questi ultimi nella compagine consortile sia in quanto sussiste in tal caso un loro interesse a partecipare all'amministrazione consortile sia perché la previsione del primo comma dell'art. 223 è anche e soprattutto strumentale all'esercizio da parte dei riciclatori e recuperatori dei diritti amministrativi, di voto in assemblea e, conseguentemente, di partecipazione alla gestione (v. Consiglio di Stato, sentenze nn. 4475, 4476 e 4477 del 2015).

10.1 sistemi autonomi. I produttori di imballaggi possono scegliere di non aderire al sistema Conai-consorzi di filiera realizzando le attività di raccolta, recupero e riciclaggio attraverso una delle due modalità alternative contemplate dall'art. 221, comma 3, del d. lgs. n. 152/2006 (in seguito, sistemi autonomi):

1) l'organizzazione autonoma della "gestione dei propri rifiuti di imballaggio su tutto il territorio nazionale" (art. 221, comma 3, lett. a., d. lgs. n. 152/2006: c.d. sistema autonomo di gestione);

2) l'attivazione autonoma di un sistema "di restituzione dei propri imballaggi" avente la caratteristica dell'"autosufficienza" (art. 221, comma 3, lett. c., d. lgs. n. 152/2006: c.d. sistema autonomo di restituzione).

Non è detto espressamente che i sistemi autonomi possono essere istituiti solo da singoli produttori di imballaggi e non anche da più produttori associati, eventualmente con l'adesione di soggetti terzi (non produttori), e la giurisprudenza è orientata a riconoscere legittime gestioni autonome costituite

in forma associata, purché non divengano cripto-consorzi che contribuiscano a realizzare un sistema pluriconsortile, disattendendo l'opzione di fondo del legislatore del 2008.

Soprattutto nel caso del ricorso a schemi associativi sorgono rilevanti problemi relativi all'effettiva riferibilità dei sistemi autonomi alla gestione dei "propri" rifiuti, requisito inevitabilmente annacquato da forme associate di gestione di rifiuti che hanno una provenienza plurima e sono considerati fungibili.

In ogni caso, le gestioni autonome devono concorrere ad assicurare il mantenimento del carattere universale del servizio di gestione dei rifiuti anche al fine di evitare, sul piano concorrenziale, fenomeni di *cherry picking* a svantaggio del sistema consortile di gestione dei rifiuti (v. COLOMBO, GRILLO, OLIVIERI, 2017), che sono stati oggetto di valutazione anche da parte dell'AGCM (*Indagine conoscitiva*, 2016, pag. 183 ss.).

L'uscita dal sistema Conai-consorzi di filiera (attraverso il recesso dal rapporto consortile) è dunque efficace "solo dal momento in cui, intervenuto il riconoscimento, l'Osservatorio accerti il funzionamento del sistema" e ne dia comunicazione al Conai (art. 221, comma 5).

La mera attivazione di un sistema di gestione o di restituzione dei propri imballaggi è infatti condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini dell'esonero dalla partecipazione al sistema Conai-consorzi di filiera, in quanto il legislatore subordina l'esonero a un meccanismo di riconoscimento pubblicistico volto a garantire che il sistema istituito dal singolo produttore di imballaggi sia da un lato un sistema "valido", vale a dire efficiente in relazione agli obiettivi di riciclaggio individuati dal d. lgs. n. 152/2006, dall'altro lato effettivamente "autosufficiente" o "autonomo" rispetto al sistema "ordinario" gestito dai consorzi.

L'art. 221, comma 5, del d. lgs. n. 152/2006, stabilisce infatti che "i produttori che non intendono aderire al Consorzio Nazionale Imballaggi e a un consorzio di cui all'articolo 223, devono presentare all'Osservatorio nazionale sui rifiuti il progetto del sistema di cui al comma 3, lettere a) o c) richiedendone

il riconoscimento sulla base di idonea documentazione [...]. Per ottenere il riconoscimento i produttori devono dimostrare di aver organizzato il sistema secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, che il sistema sarà effettivamente ed autonomamente funzionante e che sarà in grado di conseguire, nell'ambito delle attività svolte, gli obiettivi di recupero e di riciclaggio di cui all'articolo 220. I produttori devono inoltre garantire che gli utilizzatori e gli utenti finali degli imballaggi siano informati sulle modalità del sistema adottato. L'Osservatorio, sulla base dei necessari elementi di valutazione forniti dal Consorzio nazionale imballaggi, si esprime entro novanta giorni dalla richiesta. In caso di mancata risposta nel termine sopra indicato, l'interessato chiede al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare l'adozione dei relativi provvedimenti sostitutivi da emanarsi nei successivi sessanta giorni”.

Il procedimento di riconoscimento dei sistemi autonomi si articola in due fasi principali.

La prima è volta a consentire una provvisoria autorizzazione all'esercizio del sistema autonomo, concessa sulla base di una valutazione di natura essenzialmente prognostica relativa all'astratta capacità del sistema di operare nel rispetto dei requisiti di legge, valutazione che deve comunque essere rigorosa, ma basata fundamentalmente sui dati, anche previsionali, e sui documenti messi a disposizione dal produttore istante.

La seconda fase è, invece, finalizzata alla verifica concreta e approfondita dell'effettivo funzionamento del sistema autonomo, da compiere attraverso esaustivi controlli, anche *in loco*, riferiti a un congruo periodo temporale e concernenti tra l'altro la tracciabilità degli imballaggi e dei relativi rifiuti.

Il procedimento di riconoscimento si conclude in via definitiva soltanto al termine della seconda fase. Se l'esito è favorevole, il produttore istante può uscire dal Conai e dal consorzio di filiera di riferimento nel caso in cui il sistema riconosciuto riguardi tutte le tipologie dei propri imballaggi o, altrimenti, può modificare la propria partecipazione escludendo dalla gestione consortile le sole tipologie degli imballaggi riferibili al sistema riconosciuto.

Anche il Conai partecipa al procedimento di riconoscimento dei sistemi autonomi in quanto è tenuto per legge a fornire gli “elementi di valutazione” eventualmente richiesti dal Ministero dell’ambiente (art. 221, comma 5, d. lgs. n. 152/2006). Si tratta di un intervento consultivo e non vincolante per il Ministero, che tuttavia ha suscitato preoccupazioni di natura anti-concorrenziale sfociate nell’apertura di un’istruttoria da parte dell’AGCM che ha coinvolto il Conai e il Corepla, il consorzio di filiera della plastica. L’istruttoria si è conclusa senza l’accertamento di infrazioni con l’assunzione di impegni ai sensi dell’art. 14-ter, comma 1, della legge n. 287/1990 (procedimento A476, concluso con provvedimento n. 25609 del 3 settembre 2015). Gli impegni, che si riferiscono al solo settore dei rifiuti d’imballaggio secondari e terziari in plastica diversi da quelli provenienti dalla raccolta urbana, hanno rafforzato il ruolo di terzietà che la legge attribuisce al Conai attraverso, tra l’altro, l’affidamento a un soggetto terzo (*monitoring trustee*) del compito di formulare gli elementi di valutazione richiesti dal Ministero dell’ambiente e l’adozione di una procedura finalizzata a rendere il procedimento di riconoscimento dei sistemi autonomi il più possibile trasparente, certo e prevedibile.

I produttori che operano nell’ambito dei sistemi autonomi di gestione o di restituzione sono obbligati, al pari dei consorzi di filiera, a elaborare e a trasmettere annualmente al Conai e al Ministero dell’ambiente un programma specifico di prevenzione e gestione dei loro rifiuti, nonché una relazione sulla gestione riferita all’esercizio precedente, con l’indicazione dei risultati conseguiti nel recupero e nel riciclaggio dei rifiuti di imballaggio (v. l’art. 221, commi 6, 7 e 8 del d. lgs. n. 152/2006).

I sistemi autonomi concorrono inoltre al finanziamento del Conai, attraverso “contributi e proventi” determinati “per le attività svolte in loro favore in adempimento alle prescrizioni di legge” (v. l’art. 224, comma 8, ultimo periodo, del d. lgs. n. 152/2006).

10.1 I sistemi autonomi di gestione della lett. a). L’attivazione di un sistema di gestione ex art. 221, comma 3, lett. a), d. lgs. n. 152/2006

presuppone che i produttori di imballaggi interessati organizzino autonomamente le attività di raccolta, trasporto, recupero (in senso ampio, compreso dunque il riciclaggio) e smaltimento in relazione ai rifiuti derivanti dai propri prodotti.

Il sistema autonomo di gestione deve inoltre rispettare i “criteri di priorità nella gestione dei rifiuti” fissati dall’art. 179 del d. lgs. n. 152/2006 e specificati con riferimento ai rifiuti di imballaggi dal successivo art. 219, comma 1, del d. lgs. n. 152/2006.

Per ottenerne il riconoscimento di validità dal Ministero dell’ambiente ai sensi dell’art. 221, comma 5, del d. lgs. n. 152/2006 i produttori che organizzano sistemi autonomi devono in ogni caso dimostrare, anche attraverso la necessaria predisposizione di un adeguato apparato in grado di assicurare la tracciabilità dei rifiuti:

- a. di aver organizzato il sistema secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità;
- b. che il sistema sarà effettivamente e autonomamente funzionante;
- c. che è in grado di conseguire, nell’ambito delle attività svolte, gli obiettivi di recupero e di riciclaggio di cui all’articolo 220 del d.lgs. n. 152/06.

La verifica affidata al Ministero dell’ambiente, che si avvale dell’ISPRA per le valutazioni tecniche, appare dunque volta a valutare la validità del sistema alternativo di gestione sotto un duplice versante: quello dell’effettiva autonomia rispetto al sistema “ordinario” gestito dai consorzi di filiera, e quello della sua efficacia, economicità, e soprattutto “efficienza”, rispetto alla quale il legislatore pone come principale parametro il conseguimento degli obiettivi di recupero e di riciclaggio degli imballaggi indicati all’art. 220 del d. lgs. n. 152/2006.

L’autonomia delle gestioni alternative rispetto al sistema Conai-consorzi di filiera sembra innanzi tutto richiedere che le prime concorrano ad assicurare il mantenimento del carattere universale del servizio di gestione dei rifiuti, come previsto espressamente dall’art. 221, comma 3, lett. a) del d. lgs. n. 152/2006

nella parte in cui stabilisce che l'organizzazione dei sistemi di gestione debba svolgersi "su tutto il territorio nazionale", ponendo un requisito che assume valore anche con riguardo ai sistemi di restituzione degli imballaggi di cui alla lett. c). Occorre infatti chiedersi se, qualora le gestioni alternative non fossero articolate su tutto il territorio nazionale, potrebbero risultare realmente autonome rispetto al sistema Conai-consorzi di filiera, che dovrebbe necessariamente supplire alla mancata intercettazione dei rifiuti di imballaggi prodotti dal sistema alternativo nelle aree territoriali rimaste prive di copertura. Va anche considerato che l'obbligo di operatività delle gestioni autonome sull'intero territorio nazionale contribuisce a evitare comportamenti opportunistici nella gestione dei sistemi autonomi, che potrebbero operare soltanto nelle aree economicamente più vantaggiose a scapito di quelle che assicurano una scarsa remuneratività, con conseguente pregiudizio non solo degli interessi ambientali, ma anche di una competizione a condizioni realmente paritarie.

A questo riguardo l'AGCM ha sostenuto che l'obbligo di prestazione universale del servizio sull'intero territorio nazionale a carico dei sistemi autonomi costituirebbe, insieme al vincolo di gestione dei rifiuti di imballaggi "propri", vale a dire dei produttori che vi partecipano, uno dei fattori distorsivi della concorrenza nel mercato dei servizi di *compliance* all'EPR in quanto disincentiverebbe la costituzione di sistemi autonomi e renderebbe l'adesione al sistema consortile priva di alternative reali ed effettive (AGCM, *Indagine conoscitiva*, 2016).

È stato però osservato (COLOMBO, GRILLO, OLIVIERI, 2017) che l'obbligo dei sistemi autonomi di gestire i rifiuti "propri" e sull'"intero territorio nazionale" è finalizzato a prevenire fenomeni, altrimenti inevitabili, di *cherry picking* da parte di questi ultimi, che rischierebbero di pregiudicare l'economicità complessiva del sistema di gestione dei rifiuti di imballaggio. Consentire infatti ai sistemi autonomi di poter scegliere liberamente la gestione della parte più remunerativa dei rifiuti di imballaggio (per area geografica e (o) per tipologia di rifiuti) implicherebbe lasciare al Conai e ai consorzi di filiera, quali unici soggetti

operanti con il vincolo della prestazione universale, la gestione residuale e meno redditizia del servizio, che alla lunga finirebbe per operare con costi sempre più alti, sostenibili soltanto a fronte di un significativo incremento del contributo ambientale Conai a carico dei consorziati o dell'acquisizione da parte del sistema consortile di altre forme di compensazione economica, a scapito di un'efficiente allocazione delle corrispondenti risorse. Ne deriverebbe in ogni caso un pregiudizio alla parità di condizioni concorrenziali tra i produttori che partecipano ai sistemi autonomi e quelli che aderiscono al sistema consortile.

Per quanto concerne, invece, l'organizzazione del sistema secondo criteri di efficacia, il legislatore attribuisce un rilievo assolutamente preminente alla idoneità del sistema a conseguire gli obiettivi di recupero e di riciclaggio di cui all'articolo 220 del d.lgs. n. 152/2006, disposizione che richiama "gli obiettivi finali di riciclaggio e di recupero dei rifiuti di imballaggio in conformità alla disciplina comunitaria indicati nell'allegato E alla parte quarta del presente decreto". Il conseguimento di tali obiettivi è, infatti, un sicuro indice dell'adeguatezza dell'organizzazione predisposta dai produttori a intercettare una significativa percentuale dei propri rifiuti di imballaggi, e determina dunque l'efficienza e l'efficacia del sistema in termini di "capacità di intercettazione".

Si è detto che gli obiettivi fissati nell'allegato E prevedono una percentuale complessiva di recupero a livello nazionale dei rifiuti di imballaggio (che include, tra l'altro, il riciclaggio e la valorizzazione termica) pari al 60% dell'immesso, all'interno della quale una quota variabile dal 55% all'80% deve essere oggetto di riciclaggio, fermo il rispetto anche di una percentuale minima di riciclaggio per ciascun materiale. E che, al fine di raggiungere la percentuale complessiva di recupero del 60%, la quota di rifiuti di imballaggi non riciclati va comunque recuperata in altre forme. Inoltre, per salvaguardare la realizzazione degli obiettivi generali a livello nazionale, l'eventuale mancato raggiungimento dell'obiettivo complessivo del 60% da parte di una filiera deve essere compensata dal raggiungimento di obiettivi complessivi superiori al 60% da parte di altre filiere di materiale.

Nell'ambito dei sistemi consortili questa compensazione è espressamente regolata: si prevede la riduzione del contributo ambientale destinato alla filiera che non raggiunge l'obiettivo complessivo e il corrispondente aumento di quello trasferito alla filiera che supera gli obiettivi minimi (cfr. l'art. 224, comma 3, lett. e, del d. lgs. n. 152/2006).

La circostanza che l'attivazione di un sistema autonomo di gestione sottrae alla gestione dei sistemi consortili quote di imballaggi che assicuravano, direttamente o tramite compensazione, il raggiungimento dell'obiettivo complessivo di recupero al 60% sembra rendere necessario, affinché il passaggio dalle gestioni consortili ai sistemi autonomi risulti neutro a livello di raggiungimento nazionale degli obiettivi, che anche il sistema autonomo possa realizzare sia l'obiettivo del riciclaggio, sia l'obiettivo del recupero complessivo.

10.2 I sistemi autonomi di restituzione della lett. c). Quanto sopra assume rilievo anche per i sistemi autonomi di restituzione ex lett. c) del comma 3 dell'art. 221 del d.lgs. n. 152/2006, pur con alcune differenze derivanti da qualche loro peculiarità rispetto ai sistemi di gestione.

La funzione di "restituzione" degli imballaggi prevista dalla lett. c) non è definita dalla legge (cfr. l'art. 183 del d. lgs. 152/2006). Tuttavia, la circostanza che la "restituzione" sia riferita a imballaggi evidentemente usati, ma al contempo non ancora diventati rifiuti poiché il loro detentore non ha attualmente l'intenzione o l'obbligo di disfarsene, lascia intendere che i sistemi autonomi previsti dalla lett. c) dell'art. 221, comma 3, d. lgs. n. 152/2006 devono necessariamente riguardare uno specifico tipo di imballaggio.

Si tratta dell'imballaggio che il legislatore definisce "riutilizzabile", in ragione del suo essere "concepito e progettato per sopportare nel corso del suo ciclo di vita un numero minimo di viaggi o rotazioni all'interno di un circuito di riutilizzo" (art. 218, lett. e., d. lgs. n. 152/2006). La successiva lett. i. dell'art. 218 definisce "riutilizzo" "qualsiasi operazione nella quale l'imballaggio concepito e progettato per poter compiere, durante il suo ciclo di vita, un numero minimo di spostamenti o rotazioni è riempito di nuovo o reimpiegato per un uso identico a

quello per il quale è stato concepito, con o senza il supporto di prodotti ausiliari presenti sul mercato che consentano il riempimento dell'imballaggio stesso", senza dunque subire alcun trattamento. Infatti, soltanto la "riutilizzabilità" dell'imballaggio fa sì che all'uso dello stesso non consegua automaticamente l'intenzione del detentore di disfarsene, e che tale intenzione o obbligo subentri soltanto quando l'imballaggio non possa più essere reimpiegato: non a caso il legislatore statuisce espressamente che "tale imballaggio riutilizzato diventa rifiuto di imballaggio quando cessa di essere reimpiegato" (art. 218, lett. i).

La predisposizione di un sistema di restituzione degli imballaggi usati ex art. 221, comma 3, lett. c), consiste dunque nell'attivazione di un "circuito" all'interno del quale l'imballaggio riutilizzabile possa effettuare quel minimo numero di spostamenti e rotazioni per i quali è stato progettato, poiché in mancanza di un siffatto circuito la possibilità di riempirlo di nuovo o di reimpiegarlo per un uso identico a quello per il quale è stato concepito, pur astrattamente sussistente, verrebbe di fatto meno.

Per la legge, il sistema di restituzione degli imballaggi riutilizzabili deve avere la caratteristica dell' "autosufficienza".

L'autosufficienza del sistema di restituzione degli imballaggi, requisito la cui sussistenza va dimostrata dal produttore ai fini del riconoscimento della validità del sistema da parte dell'Osservatorio, deve essere valutata da quest'ultimo verificando il "rispetto dei criteri e delle modalità di cui ai commi 5 e 6" dell'art. 221, vale a dire dei medesimi criteri da utilizzare per verificare la validità dei sistemi autonomi di gestione dei rifiuti di imballaggio di cui alla lett. a) dell'art. 221, comma 3. Tra questi criteri, in particolare, vi è quello incentrato sulla capacità del sistema "di conseguire, nell'ambito delle attività svolte, gli obiettivi di recupero e di riciclaggio di cui all'articolo 220". Criterio il quale, evidentemente, postula che nell'ambito dello stesso sistema di restituzione vengano svolte attività di recupero e di riciclaggio dei rifiuti di imballaggio.

Del resto, l'art. 224, comma 3, lett. h), d. lgs. n. 152/2006, nell'affidare al Conai la funzione di determinare e porre a carico dei propri consorziati il contributo ambientale Conai, dispone che la ripartizione tra produttori e

utilizzatori degli oneri per i quali è dovuto il contributo deve essere effettuata “al netto delle quantità di imballaggi usati riutilizzati nell'anno precedente per ciascuna tipologia di materiale”. Mentre il successivo comma 7 dell’art. 224 chiarisce che “ai fini della ripartizione dei costi di cui al comma 3, lettera h), sono esclusi dal calcolo gli imballaggi riutilizzabili immessi sul mercato previa cauzione [*recte*, restituzione]”.

I reimpieghi pare dunque presuppongano, nel disegno del legislatore, un ruolo del sistema Conai-consorzi di filiera relativo alla gestione degli imballaggi restituiti, esclusi dal contributo Conai finché riutilizzati ma sempre monitorati dal sistema e soggetti al contributo ambientale Conai una volta divenuti rifiuti di imballaggio, in quanto non più reimpiegabili. Coerentemente, anche per integrare un sistema di restituzione degli imballaggi riutilizzabili “autosufficiente” ex art. 221, comma 3, lett. c), del d. lgs. n. 152/2006 non basta aver predisposto un meccanismo di reimpiego attraverso la restituzione, ma occorre essere in grado di gestire i relativi rifiuti di imballaggio.

In altri termini, è necessario che i circuiti di restituzione si occupino degli imballaggi inseriti nel circuito anche una volta che gli stessi siano in tutto o in parte diventati “rifiuti”, quando cioè si siano deteriorati a tal punto da dover subire significative sostituzioni di parti o da non poter essere *tout court* reimpiegati (art. 218, comma 1, lett. i., d. lgs. n. 152/2006), assicurandone il trasporto, il recupero (in particolare, nelle forme della preparazione al riutilizzo e del riciclaggio) e l’eventuale smaltimento.

Attività del tutto analoghe a quelle svolte dai produttori che istituiscono sistemi autonomi di gestione dei rifiuti ai sensi della precedente lett. a) dell’art. 221, comma 3 e dal sistema Conai-consorzi di filiera.

11. Conclusioni. Attualmente la gestione dei rifiuti di imballaggio in Italia è, almeno con riguardo a quelli derivanti da superficie pubblica, in gran parte riferibile al sistema Conai-consorzi di filiera, organizzato dagli imprenditori che producono e utilizzano gli imballaggi per dare “una risposta dello stesso mondo imprenditoriale alle esigenze ambientali relative al recupero e al riciclaggio dei

rifiuti di imballaggio, come sollecitato dalla stessa direttiva 94/62/CE all'art. 7.1, superando l'altrimenti inevitabile intervento autoritativo della pubblica amministrazione" (così l'AGCM *Indagine conoscitiva IC 26*, 2008).

Il sistema consortile ha raggiunto gli obiettivi ambientali e ha contribuito, soprattutto nelle fasi iniziali della sua operatività, a superare alcuni fallimenti di mercato. Divenuti più maturi i contesti economici di riferimento, ha però alimentato critiche che fanno leva proprio sul ruolo del sistema Conai-consorzi di filiera quale *compliance scheme* all'EPR di natura collettiva e, come si è visto, residuale per porre in luce possibili profili d'ostacolo allo sviluppo di una piena concorrenza nel settore.

In particolare, l'AGCM, nell'ambito sia di procedimenti istruttori (come quello, già citato, aperto nei confronti di Conai e di Corepla n. A476) sia di indagini conoscitive (da ultimo, quella sui rifiuti solidi urbani IC 49, 2016), ha criticato diversi aspetti della disciplina normativa di gestione dei rifiuti di imballaggio e dell'operatività del sistema consortile; forse, come si è visto, senza considerare nella giusta misura aspetti essenziali per la tutela ambientale, in primo luogo il principio della prestazione universale del servizio (v. il precedente parag. 10)

Alcune osservazioni dell'Autorità *antitrust* sembrano peraltro difficilmente superabili (v. anche COLOMBO, GRILLO, OLIVIERI, 2017), come quella sulle conseguenze negative sul piano concorrenziale e sotto lo stesso profilo ambientale di un contributo stabilito in via unitaria per ciascuna tipologia di materiale. Per l'AGCM, il valore unitario del contributo ambientale non si giustifica con riguardo agli imballaggi raccolti su superficie privata (sostanzialmente, terziari e secondari) e influenzerebbe negativamente la competitività degli imballaggi più eco-sostenibili rispetto agli altri, in quanto il ridotto impatto ambientale dei primi non si rifletterebbe correttamente sul loro costo, che dovrebbe essere più basso, incentivandone per tale via la diffusione (AGCM, *Indagine conoscitiva*, 2016, pag. 182).

Va dunque considerata positivamente la scelta del sistema consortile di intraprendere la strada della differenziazione del contributo ambientale, intanto

con riguardo agli imballaggi in plastica, sulla base di criteri connessi, tra l'altro, alla loro provenienza da circuiti urbani ovvero industriali/commerciali e alla loro selezionabilità e riciclabilità (v. Audizione del Conai, 2017).

È, però, lo scenario complessivo del settore che sembra destinato a mutare in ragione della scelta normativa di affiancare agli obiettivi dei produttori e degli utilizzatori di imballaggi di avvio a riciclo dei rifiuti di imballaggio (v. il precedente parag. 5) obiettivi quantitativi prefissati per materiale e non più solo per tipologie di rifiuti. A livello comunitario prima e di testo unico ambientale poi si è infatti previsto che le autorità pubbliche competenti (primi fra tutti, i Comuni) realizzino entro il 2015 la raccolta differenziata dei materiali (in particolare, carta, metalli, plastica e vetro) e, entro il 2020, conseguano l'obiettivo in termini di peso di non meno del 50% di preparazione per il riutilizzo o di riciclaggio, almeno di tali materiali derivanti da nuclei domestici e, nei limiti del possibile, anche da altre provenienze se si tratta di flussi di rifiuti simili a quelli domestici.

Se si considera che la quota di rifiuti di imballaggio presente nei rifiuti urbani è pari a circa il 25% (Audizione del Conai, 2017), l'obiettivo comunale del 50% dei rifiuti costituiti – almeno, ma non esclusivamente – da carta, metalli, plastica e vetro non potrà essere raggiunto soltanto con il flusso differenziato costituito da rifiuti di imballaggio.

È dunque probabile che al raggiungimento di questo obiettivo concorreranno altre tipologie di rifiuti oppure che si realizzeranno forme di passaggio dei sistemi – anzitutto di quelli consortili – oggi concentrati sui rifiuti di imballaggio a sistemi che si occupano senza limitazioni dell'avvio a riutilizzo e riciclo dei relativi materiali, anche non derivanti da imballaggi.

Si tratta di un'ulteriore sfida ambientale che, in una cornice normativa in continua evoluzione¹, chiama tutti i soggetti coinvolti nella gestione dei rifiuti, pubblici e privati, a nuove visioni e strategie operative.

¹ V. il pacchetto di direttive sull'economia circolare contenente, tra l'altro, la proposta di direttiva (COM) 2015/0595 del 2.12.2015 modificativa della direttiva sui rifiuti n. 2008/98/Ce e la proposta di direttiva (COM) 2015/0596 del 2.12.2015, modificativa della direttiva sugli imballaggi e sui rifiuti imballaggio n. 94/62/Ce).

Crediti

Grazie ad Antonio Damiano, Salvatore Lopreato ed Enza Prencipe. Una versione preliminare e diversamente titolata dell'articolo è apparsa come *Introduzione al Codice degli imballaggi*, a cura di Gian Domenico Mosco per LUISS DREAM e CONAI, Venezia, 2013, p. 9 e ss.

Riferimenti

Atti e provvedimenti

Unione Europea

Relazione della Commissione, *Attuazione del piano d'azione per l'economia circolare*, (COM) 2017 33

Comunicazione della Commissione, *L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione Europea per l'economia circolare*, (COM) 2015 614

Libro verde Commissione Europea – *Una strategia europea per i rifiuti di plastica nell'ambiente* COM (2013) 123

Commissione Europea – *Screening of waste management performance of EU member states* – 2 luglio 2012

Comunicazione della Commissione UE2009/C107/01

Comunicazione della Commissione (COM) 2009 400

Comunicazione della Commissione 21 febbraio 2007 (COM) 2007 0059

Documento del Consiglio dell'Unione Europea n. 10117/2006 del 9 giugno 2006 – *Review of the EU Sustainable Development Strategy* – EU SDS

Comunicazione della Commissione – *Portare avanti l'utilizzo sostenibile delle risorse – Una strategia tematica sulla prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti* (COM) 2005 666

Commissione Europea - DG Concorrenza - *Paper Concerning Issues on Competition in Waste Management System*, settembre 2005

Italia

Audizione del Presidente del Conai davanti alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali a esse correlati, 16 gennaio 2017

AGCM, *Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani, IC 49*, conclusasi in data 21/1/2016, con Provvedimento n. 25823

AGCM, procedimento A476, Provvedimento di chiusura dell'istruttoria senza accertamento di infrazioni n. 25609 del 3 settembre 2015

AGCM, procedimento A476, Provvedimento di avvio dell'istruttoria n. 25035 del 17 luglio 2014

ANCI-CONAI, *Accordo quadro 2014-2019*, aprile 2014

ISPRA, *Rapporto rifiuti urbani*, 2016

AGCM, *Indagine conoscitiva riguardante il settore dei rifiuti da imballaggio, IC 26*, conclusasi in data 03/07/2008 con Provvedimento n.18585

AGCM, *segnalazione AS80*, 28 novembre 1996, *Recepimento direttive comunitarie in materia di rifiuti*

COMITATO INTERMINISTERIALE PER I RIFIUTI, *Deliberazione* 27 luglio 1984

Giurisprudenza²

Corti dell'Unione Europea

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, C-241/12, *Shell NederlandVerkoopmaatschappij BV* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

² Tra parentesi le principali questioni oggetto del giudizio; se non sono indicati gli estremi di pubblicazione, il provvedimento è inedito o reperibile solo on-line.

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, C-292/12, *Ragn-Sells* (rifiuti in genere – spedizione di rifiuti)

Corte di Giustizia, 3 ottobre 2013, C-113/12, *Brady* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto – sottoprodotto)

Corte di Giustizia, 7 marzo 2013, C-358/11, *Lapin luonnonsuojelupiiri* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto – sottoprodotto – end of waste)

Trib. I Grado Unione Europea, 22 marzo 2011, T-419/03, *Altstoff Recycling Austria AG* (rifiuti d'imballaggio – gestione)

Corte di Giustizia, 16 luglio 2009, C-385/07, *Der Grune Punkt - Duales System Deutschland* (rifiuti d'imballaggio – gestione)

Corte di Giustizia, 22 dicembre 2008, C-283-07, *Commissione/Repubblica Italiana* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 11 dicembre 2008, C-387-07, *Mi. Ver. s.r.l.* (rifiuti in genere - gestione)

Trib. I Grado Unione Europea, 24 maggio 2007, T-289/01, *Der Grune Punkt - Duales System Deutschland* (rifiuti d'imballaggio – gestione)

Trib. I Grado Unione Europea, 24 maggio 2007, T-151-01, *Der Grune Punkt - Duales System Deutschland* (rifiuti d'imballaggio – gestione)

Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-263/05, *Commissione/Repubblica Italiana* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-195/05, *Commissione/Repubblica Italiana* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-194/05, *Commissione/Repubblica Italiana* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 9 giugno 2005, C-270/03, *Commissione/Repubblica Italiana* (rifiuti in genere – gestione)

Corte di Giustizia, 14 dicembre 2004, C-463/01, *Commissione/Repubblica Federale di Germania* (rifiuti d'imballaggio – gestione)

Corte di Giustizia, 14 dicembre 2004, C-309/02, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co.* (rifiuti d'imballaggio – gestione)

Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, n. 341-01, *Plato Plastik Robert Frank GmbH* (rifiuti d'imballaggio – nozione di rifiuto d'imballaggio)

Corte di Giustizia, 19 giugno 2003, C-444/00 *Mayer Parry Recycling* (rifiuti in genere – nozione di riciclaggio)

Corte di Giustizia, Sez. V, 6 giugno 2002, C-159/00, *Sapod Audic/Eco-Emballages SA* (rifiuti d'imballaggio – gestione)

Corte di Giustizia, 18 aprile 2002, C-9/00, *Palin Granit Oy* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 21 febbraio 2002, C-65/00, *Commissione/Repubblica Italiana* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 15 giugno 2000, C-418/97 e C-419/97 riunite, *ARCO Chemie Nederland Ltd* (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte di Giustizia, 23 maggio 2000, C-209/98, *Sydhavnens Sten &Grus* (rifiuti in genere – attività di gestione)

Corte di Giustizia, 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Corte Costituzionale

Corte Costituzionale, 24 luglio 2009, n. 247, in *Giur. Cost.*, 2009, 4, 3217 (rifiuti in genere – rifiuti di imballaggio – gestione – attribuzioni e competenze pubbliche)

Corte di Cassazione

Cassazione civile, 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giust. Civ., Mass.*, 2013 (rifiuti di imballaggio – contributo ambientale – privilegio)

Cassazione civile, (Ord.), 9 luglio 2012, n. 11500 (rifiuti in genere – assimilazione – tariffa rifiuti)

Cassazione civile, sez. trib., 18 gennaio 2012, n. 627, in *Giust. Civ., Mass.*, 2012, 1, 38 (rifiuti in genere – assimilazione – tariffa rifiuti)
Cassazione penale, 17 gennaio 2012, n. 17823, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 6, 752 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto – sottoprodotto)
Cassazione penale, 25 maggio 2011, n. 34753, in *Dir. giur. agr.*, 2012, 11, 706 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto – sottoprodotto)
Cassazione penale, 25 maggio 2011, n. 24427, in *Foro it.*, 2012, 2, II, 104 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto – materia prima secondaria)
Cassazione penale, 25 giugno 2008, n. 35911, in *Cass. Pen.*, 2009, 10, 3976 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto – materia prima secondaria)
Cassazione penale, 27 novembre 2002, n. 2125, in *Riv. pen.*, 2003, 401 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
Cassazione penale, 18 giugno 2002, n. 31011, in *Cass. pen.*, 2003, 3930 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
Cassazione penale, 3 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, II, 714 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
Cassazione penale, 27 marzo 1992, n. 5, in *Riv. pen.*, 1992, 926 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Giudici di merito

Trib. Roma, 13 ottobre 2016, n. 19252 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 13 luglio 2016, n. 14140 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
App. Roma, 9 dicembre 2015, n. 6795 ((rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Cassazione, 31 ottobre 2014, n. 23176 ((rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 20 maggio 2014, n. 11074 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
App. Roma, 12 maggio 2014, n. 3048 ((rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 8 aprile 2014, n. 8131 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 24 marzo 2014, n. 6732 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 20 novembre 2013, n. 23265 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
App. Firenze, 14 giugno 2012, n. 820 (rifiuti di imballaggio – contributo ambientale – privilegio)
Trib. Milano, (Ord.), 3 aprile 2012, r.g. n. 6216 (rifiuti di imballaggio – gestione – organizzazione dei consorzi di filiera)
Trib. Milano, (Ord.), 9 febbraio 2012, r.g. n. 6216 (rifiuti di imballaggio – gestione – organizzazione dei consorzi di filiera)
Trib. Roma, 1° febbraio 2012, n. 2019 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 1° febbraio 2012, n. 2015 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 1° febbraio 2012, n. 2011 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 1° febbraio 2012, n. 2005 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
App. Roma, 25 novembre 2010, n. 4947 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. S. Maria Capua Vetere, 7 gennaio 2009, n. 1343, in *Guida al diritto*, 2009, 12, 70 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
Trib. Roma, 4 novembre 2008, n. 21623 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 20 maggio 2008, n. 10555, (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 27 dicembre 2007, n. 24563 (rifiuti di imballaggio – sistema autonomo di gestione)
Trib. Roma, 5 settembre 2007, n. 16818 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Milano, 26 giugno 2006, in *Il Fallimento*, 2007, 340 (rifiuti di imballaggio – contributo ambientale – privilegio)
Trib. Roma, 25 giugno 2007, n. 13108 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 3 maggio 2006, n. 10050 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Trib. Roma, 1° dicembre 2004, n. 32288 (rifiuti di imballaggio – nozione – qualificazione)
Pretura Vicenza, 27 settembre 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 1931 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
Pretura Salò, 30 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, II, 9 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
Pretura Asti, 20 aprile 1990, *Foro it.*, 1990, II, 434 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
Pretura Cremona, 29 settembre 1991, *Foro it.*, 1992, II, 422) (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)

Giudici amministrativi

- Cons. Stato, 24 settembre 2015, nn. 4475, 4476 e 4477 (rifiuti di imballaggio – consorzi di filiera – statuto tipo)
- Cons. Stato, (Ord.), 16 aprile 2014, nn. 01616 - 01622 (rifiuti di imballaggio – consorzi di filiera – statuto tipo)
- Cons. Stato, 20 giugno 2013, n. 3363 (rifiuti di imballaggio – sistemi autonomi di gestione)
- Cons. Stato, 20 giugno 2013, n. 3362 (rifiuti di imballaggio – sistemi autonomi di gestione)
- Cons. Stato, 12 dicembre 2011, n. 6498, in *Foro Amm. CDS*, 2011, 12, 3754 (rifiuti in genere – Osservatorio Nazionale sui Rifiuti)
- Cons. Stato, 12 novembre 2003, n. 7265, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 3409 (rifiuti di imballaggio – gestione – frazioni similari)
- Cons. Stato, 3 marzo 2003, n. 1174, *Rass. giur. san.*, 2003, 231-2, 275 (rifiuti in genere – nozione di rifiuto)
- T.A.R. Lazio, 20 dicembre 2016, n. 12670 (rifiuti di imballaggio – oneri di contribuzione per l'attività di vigilanza)
- T.A.R. Lazio, (Ord.), 10 gennaio 2014, nn. 89, 94, 96, 98, 99, 111 (rifiuti di imballaggio – consorzi di filiera – statuto tipo)
- T.A.R. Puglia, 5 novembre 2013, n. 156 (rifiuti in genere – assimilazione)
- T.A.R. Lazio, 2 febbraio 2012, n. 1136 (rifiuti di imballaggio – sistemi autonomi di gestione)
- T.A.R. Lazio, 2 febbraio 2012, n. 1135 (rifiuti di imballaggio – sistemi autonomi di gestione)
- T.A.R. Lazio, 18 ottobre 2010, n. 32862 (rifiuti in genere – Osservatorio Nazionale sui Rifiuti)
- T.A.R. Lazio, 11 luglio 2006, n. 5791 (rifiuti in genere – emergenza ambientale Roma e provincia – obiettivi ambientali)
- T.A.R. Lazio, 11 luglio 2006, n. 5769 (rifiuti in genere – emergenza ambientale Campania – obiettivi ambientali)
- T.A.R. Lazio, 9 febbraio 2006, n. 968 (rifiuti in genere – emergenza ambientale Sicilia – obiettivi ambientali)
- T.A.R. Lazio, 9 febbraio 2006, n. 967 (rifiuti in genere – emergenza ambientale Puglia – obiettivi ambientali)
- T.A.R. Lazio, 9 febbraio 2006, n. 966 (rifiuti in genere – emergenza ambientale Calabria – obiettivi ambientali)
- T.A.R. Emilia Romagna, 16 ottobre 2002, n. 1516, in *Foro Amm. Tar*, 2002, 3173 (rifiuti di imballaggio – consorzi di filiera – natura privatistica)
- T.A.R. Lombardia, 18 febbraio 2000, n. 993 (rifiuti di imballaggio – consorzi di filiera – natura privatistica)
- T.A.R. Lazio, 18 novembre 1999, n. 2214, in *Rass. giur. san.*, 2000, 189, 141 (rifiuti d'imballaggio – gestione).

Dottrina

- AMOROSINO S. (1997), *I Consorzi tra produttori e il Consorzio Nazionale Imballaggi*, in A.A.V.V., *Il Decreto Ronchi, Quaderni Riv. Giur. Amb.*, 9, pp. 101 ss.
- ARNAUDO L., PIETROPAOLO G.M. (2011), *Ambiente e Concorrenza, il caso delle gestioni consortili dei rifiuti in Italia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, a. XIII, 1, pp. 163 ss.
- BIANCO A. (2005), *Rifiuti di imballaggio: responsabilità del produttore e nome di concorrenza.*, in *Ambiente, Mensile di diritto e pratica per l'impresa*, II, pp. 39 ss.
- BLASI E. (2012), *Le recenti aperture alla concorrenza del sistema di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, in *Riv. Quadrim. di Diritto dell'Ambiente*, 1-2, pp. 170 ss.
- BOCCIA M.G. (2013), *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'end of waste (nota a Corte UE 7/3/2013, in causa c-358/11) – il commento*, in *riv. Ambiente & Sviluppo*, 6, pp. 514 ss.
- BOCCIA M.G. (2011), *Nozione di "recupero": fine del dilemma "recupero completo" verso "trattamenti preliminari"?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 8-9, pp. 718 ss.
- BORGHINI S., RANGHIERI F. (2002), *La contabilità ambientale e la gestione degli imballaggi: il Conai*, in *riv. Ambiente & Sviluppo*, 7, pp. 695 ss.

- CERRUTO S.R. (2009), *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1, pp. 79 ss.
- COLOMBO S., GRILLO M., OLIVIERI G. (2017), *La gestione dei rifiuti di imballaggio in Italia. Profili e criticità concorrenziali*, paper di ricerca LUISS DREAM
- DE LEONARDIS F. (2011), *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, pp. 313 ss.
- MAGLIA S., DI GIROLAMO A. (2011), *Recupero rifiuti: definizione e prospettive*, in *riv. Ambiente & Sviluppo*, 8-9, pp. 706 ss.
- MAROCCO T. (1999), *Prospettive del riciclaggio degli imballaggi: il ruolo del Consorzio nazionale imballaggi*, in *Riv. giur. Ambiente*, pp. 1007 ss.
- MASCIOCCHI P. (1997), *I consorzi di riciclaggio*, in *Foro amministrativo*, 3, pp. 999 ss.
- MEDUGNO M. (2013), *Imballaggi e rifiuti da imballaggio, ma quali sono?*, in *riv. Ambiente & Sviluppo*, 5, pp. 420 ss.
- MOSCO G.D. (2017), *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA-BRANCA-GALGANO*, a cura di G. DE NOVA, Bologna
- PERNICE M. (1999), *La gestione dei rifiuti di imballaggi: il Consorzio nazionale imballaggi e i consorzi di filiera*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, pp. 101 ss.
- PIEROBON A. (2012), *Il Contributo ambientale Conai (Cac) per la gestione dei rifiuti da imballaggio*, in *Trib. Locali e regionali*, vol. 17, 4-5, pp. 33 ss.
- POZZI C. (2005), *Regolazione e performance ambientale delle filiere di imballaggi*, in *Rivista di economia e politica industriale*, a. XXVI, pp. 87 ss.
- PUTZOLU C. (2004), *Aspetti internazionali e comunitari della fiscalità ambientale. Recupero e riciclaggio di rifiuti di packaging: il ruolo del CONAI nel panorama della gestione ambientale degli imballaggi*, in *Riv. Dir. trib. Internaz.*, 2-3, pp. 241 ss



Prime considerazioni sulla nuova disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche

di **FRANCESCO MARIA CIARALLI**

SOMMARIO **1.** LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NELL'AMBITO DELLA COMPLESSIVA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE **2.** FORMA SOCIETARIA COME MODELLO ORGANIZZATIVO "NEUTRO". TASSONOMIA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE E SUA RILEVANZA A FINI CONCORDATARIE **3.** IL REQUISITO SOGGETTIVO DEL FALLIMENTO: TRA TEORIA FUNZIONALISTA E TIPOLOGICA **4.** LA DISCUSSA FALLIBILITÀ DELLA SOCIETÀ IN HOUSE **5.** CRISI D'IMPRESA DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE SECONDO IL DECRETO LEGISLATIVO 19 AGOSTO 2016, N. 175 **6.** LE MISURE DI PREVENZIONE DELL'AGGRAVAMENTO DELLE CRISI D'IMPRESA **7.** RILIEVI CONCLUSIVI

Abstract

The paper deals with the distress and bankruptcy regulation for public companies, approved by the Italian Government with the legislative decree 19 August 2016, number 175, which has also introduced a set of mandatory preventive measures in view of a looming crisis. The research aims to investigate the debate arisen on the possibility for in-house companies to be subjected to the bankruptcy regime established for private companies. The Author offers an interpretation that tries to reconcile the new regulation with the structural nature of in-house companies.

1. La nuova disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche nell'ambito della complessiva riforma delle procedure concorsuali. La questione dell'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica al fallimento e al concordato preventivo è al centro di un ampio dibattito in dottrina, nonché di orientamenti non univoci della giurisprudenza. Da ultimo, il legislatore delegato, con l'art. 14 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ha per la prima volta espressamente disciplinato la crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica¹. In precedenza, l'unico abbrivo normativo per le

¹ Occorre rilevare che la Corte costituzionale, con sentenza 25 novembre 2016, n. 251, ha dichiarato, *inter alia*, l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi

ricostruzioni ermeneutiche era costituito dall'art. 1 della legge fallimentare, ove si stabilisce, con riferimento al requisito soggettivo, che sono «*soggetti al fallimento e alle disposizioni sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*».

Alla stregua della nuova disciplina, si è invece previsto che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

La scarsa previsione legislativa, pur corredata da una più analitica disciplina relativa alle misure di prevenzione dell'aggravamento delle crisi

decreti legislativi attuativi previo parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Le disposizioni illegittime fissano principi e criteri direttivi eccedenti l'ambito delle competenze statali in materia di «tutela della concorrenza» e di «coordinamento della finanza pubblica» e violano l'autonomia organizzativa e finanziaria delle Regioni.

È necessario precisare sin d'ora che la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità di numerose disposizioni della legge delega, ha lasciato impregiudicata la compatibilità costituzionale dei singoli decreti attuativi della c.d. Riforma Madia, ravvisando la necessità che per essi siano sollevate apposite e distinte questioni di legittimità costituzionale. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, precisa la Corte, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione.

Nello specifico, la Corte cost. rileva che «un intervento del legislatore statale, come quello operato con le disposizioni impugnate dell'art. 18, finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche, coinvolge, inevitabilmente, profili pubblicistici, che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale, anche con riguardo alle partecipazioni degli enti locali che non abbiano come oggetto l'espletamento di funzioni fondamentali. Tale intervento coinvolge anche profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibili alla competenza esclusiva del legislatore statale».

Alla stregua dell'*iter* argomentativo percorso dalla Corte cost., è possibile ritenere che l'art. 14 del decreto attuativo, avente per oggetto la disciplina della crisi d'impresa delle società partecipate, mediante il rinvio alle disposizioni comuni in materia di fallimento, concordato preventivo e amministrazione straordinaria delle grandi imprese, attenga all'*ordinamento civile*, materia rimessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ex art. 117, co. 2, lett. I), Cost.

Di conseguenza, non interferendo con le prerogative regionali concernenti l'organizzazione delle proprie funzioni, può ritenersi che la disciplina di cui all'art. 14, peraltro parzialmente ricognitiva dell'assetto giurisprudenziale, non sia stata scalfita dalla sentenza della Corte.

d'impresa, lascia impregiudicati alcuni dei più rilevanti problemi emersi con riferimento al precedente contesto normativo.

Nella specie, le maggiori perplessità si incentrano sull'alveo applicativo della nuova disciplina, facente generico riferimento alle «*società a partecipazione pubblica*», pur a fronte di un'ampia pluralità di modelli di società pubblica, tra loro profondamente differenziati; d'altra parte, anche le disposizioni definitorie recate dal medesimo decreto legislativo lasciano residuare talune rilevanti ambiguità. I profili problematici sollevati dal nuovo intervento normativo necessitano, pertanto, di essere chiariti attraverso il prisma delle elaborazioni pretorie, anche europee, e dottrinali che hanno indagato la morfologia e gli elementi costitutivi dei vari modelli di società pubblica, al fine di poterne poi predicare, alla luce di un'interpretazione sistematica, la sussumibilità o meno nel perimetro del menzionato art. 14.

Inoltre, occorre considerare che la disciplina di settore si iscrive in un complessivo processo di riforma delle procedure concorsuali, affidato al disegno di legge delega approvato dal Governo il 10 febbraio 2016 (A.C. 3671)². Il testo predisposto dalla Commissione Rordorf, che costituisce la base del disegno di legge, è peraltro suscettibile di interferire con la specifica questione concernente le società pubbliche.

Nella specie, l'art. 2 del disegno di legge, nel dettare i principi generali della nuova disciplina, stabilisce alla lettera e) che il Governo, nell'esercitare la delega, dovrà attenersi al criterio direttivo di assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza *ogni categoria di debitore*, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, industriale, agricola o artigianale, con *esclusione dei soli enti pubblici*.

Il Progetto Rordorf, dunque, se da un lato fa salvo il requisito negativo di cui all'art. 1 della vigente legge fallimentare, dall'altro lato si riferisce eloquentemente ad «*ogni categoria di debitore*», pur indicando al futuro

² Per un primo esame del disegno di legge delega si rinvia, sul primo numero di questa Rivista, al contributo di MOSCO – LOPREIATO.

legislatore delegato di tenere conto «*delle relative peculiarità soggettive ed oggettive*».

A fronte della menzionata disposizione, di per sé non dirimente circa il problema di discernere *quali* società pubbliche possono essere assoggettate a procedure concorsuali, una indicazione più esplicita si rinviene nella Relazione della Commissione Rordorf sullo schema della legge delega.

In particolare, il procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza viene ivi descritto come un contenitore processuale uniforme, idoneo a ricomprendere tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza, quali che siano la natura, le dimensioni e la struttura dei debitori, tra di essi includendo espressamente «*le società a partecipazione pubblica e le società in house*», fatte salve, in ogni caso, le eventuali disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni³.

In disparte le questioni concernenti l'*iter* parlamentare del disegno di legge, nonché il valore interpretativo da annettere alla relazione accompagnatoria, emerge il carattere non univoco delle disposizioni di cui all'art. 14 del d.lgs. 175/2016, che dà luogo ad una disciplina speciale rispetto a quella elaborata dalla Commissione Rordorf. Di conseguenza, l'applicabilità delle procedure concorsuali ai vari modelli di società pubblica può essere utilmente esaminata attraverso la ricostruzione degli elementi costitutivi delle diverse *species* di tali società, onde indagare se alcune tra queste presentino – anche in ragione del diritto eurounitario – un legame con l'ente pubblico così intenso da farle transitare nell'ambito del requisito negativo di cui all'art. 1 della legge fallimentare, recepito anche dal Progetto Rordorf.

³ In particolare, la Relazione al Ministro della Giustizia della Commissione Rordorf, nell'illustrare il procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza, afferma trattarsi di «una sorta di contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione – e miranti alla regolazione – della crisi o dell'insolvenza (ferma la già richiamata distinzione dei due menzionati concetti), siano esse finalizzate alla conservazione o alla liquidazione dell'impresa o del patrimonio del debitore, quali che ne siano la natura (civile, professionale, agricola, commerciale), le dimensioni (piccola, media, grande) e la struttura (persone fisiche, persone giuridiche, gruppi di imprese, cooperative, associazioni, fondazioni, onlus, enti ecclesiastici, società a partecipazione pubblica e società *in house*), con la sola esclusione degli enti pubblici, fatte salve le eventuali disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni».

2. Forma societaria come modello organizzativo “neutro”.

Tassonomia delle società pubbliche e sua rilevanza a fini concorsuali. La rilevanza della questione inerente all’assoggettabilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali emerge, in particolare, se si ha riguardo alla consistenza e alla latitudine del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, come risulta dai dati empirici disponibili. Sulla base della relazione Istat 2015, vi sono in Italia 7.757 organismi attivi (anche diversi dalle società) a partecipazione pubblica, con un totale di 953.100 addetti. Nell’ambito di questi organismi, constano circa 5.000 società a partecipazione pubblica (con netta prevalenza delle società partecipate da enti territoriali), con un numero complessivo di addetti ammontante alle 500.000 unità. Avendo riguardo alle sole società partecipate dagli enti territoriali, la relazione della Corte dei Conti per l’anno 2015 individua circa 3.000 società che svolgono *attività strumentali*, a fronte di altre 1.700 che svolgono attività di *servizio pubblico*. Inoltre, la stessa relazione segnala che: sono 988 le società con numero di addetti inferiore ai membri del consiglio di amministrazione; 2.479 le società con numero di addetti inferiore a 20; 1.600 le società con valore della produzione inferiore al milione di euro; 984 le società con valore della produzione maggiore di un milione e inferiore a cinque milioni di euro⁴.

Ciò posto, emerge come nell’ampio novero delle società partecipate siano individuabili diversi modelli di società pubblica, collocabili idealmente lungo un segmento che ha per estremi, da un lato, la disciplina di diritto comune prevista dal Codice civile e, dall’altro lato, la disciplina propriamente pubblicistica cui sono soggetti gli enti autarchici e quelli territoriali. Nel mezzo, si collocano società a partecipazione pubblica che presentano una regolamentazione prevalentemente privatistica ovvero pubblicistica, con deroghe, di varia intensità, ad entrambe. Le peculiarità di tali diversi modelli si riverberano, di necessità, sul problema inerente l’assoggettabilità delle società

⁴ Tale elaborazione è tratta dal parere reso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, 21 aprile 2016, n. 968.

pubbliche *lato sensu* intese alle procedure concorsuali (ROSSI, 2004; FIORANI, 2012).

È possibile individuare, in primo luogo, il modello delle *società partecipate*, che si connotano per essere organizzate secondo un assetto compatibile con la disciplina codicistica. Anche l'attività esercitata, avente per oggetto la produzione e lo scambio di beni o servizi, non differisce da quella svolta dalle omologhe società interamente private. Il dato differenziale riposa, invece, sulla sola natura pubblica del soggetto che assume la qualità di socio (ASTEGLIANO, 2015).

A tal proposito, la Corte di Cassazione ha recentemente affermato che *«una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale; le numerose pronunce che ribadiscono tale principio (per tutte, Cass. S.U. n. 7799/05) trovano fondamento nell'incontestabile rilievo che il rapporto tra società ed ente pubblico è di assoluta autonomia, posto che l'ente può incidere sul funzionamento e sull'attività della società non già attraverso l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti degli organi sociali di sua nomina»*⁵.

Diverso modello di società pubbliche è costituito dalle società *in house* che, in ragione dei requisiti individuati in sede europea (Corte di Giustizia, sentenza Teckal 18 novembre 1999, in causa C-107/98) e recepiti in ambito nazionale⁶, si atteggiavano ad "organo esterno" della Pubblica Amministrazione, presentando con essa una connessione così intensa da far discorrere la dottrina di relazione interorganica anziché di rapporto intersoggettivo (ANGIONI – PANI – SANNA, 2014).

Con riferimento a tali società, la prevalente giurisprudenza di legittimità ritiene che non si configuri un vero e proprio soggetto giuridico, difettando il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'Amministrazione pubblica.

⁵ In tali termini, Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209 - Pres. R. Rordorf - Rel. M. Cristiano.

⁶ In termini, Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; id., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; si v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1

In particolare, con segnato riferimento al requisito del “controllo analogo”, la presenza di un potere di ingerenza dell’Amministrazione, così intenso da essere qualitativamente diverso dal rapporto di controllo previsto dall’art. 2359 cod. civ., induce a ravvisare un totale assoggettamento degli organi sociali al potere gerarchico dell’ente pubblico titolare della partecipazione. La società *in house*, pertanto, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, «*non è altro che una longamans della pubblica amministrazione, al punto che l’affidamento pubblico mediante in house contract neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (...); di talché l’ente in house non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa*».

Tale conclusione non è condivisa da altra parte della giurisprudenza, seguita forse recentemente dal legislatore delegato, secondo cui «*eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono, infatti, sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell’affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica*» (Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209).

Ulteriore modello di società pubbliche è costituito dalle *società strumentali*, oggetto di numerosi e complessi interventi legislativi nonché di un inquadramento elaborato dalla Corte costituzionale.

La Consulta, infatti, ha affermato che le società strumentali pongono in essere «*attività amministrativa in forma privatistica*», con la conseguenza che «*non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza*» (sentenza n. 236 del 2008)⁷.

⁷ Sulla qualificazione delle società strumentali è intervenuto anche il Consiglio di Stato, con sentenza della Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012. In particolare, sono state individuate «*tre principali condizioni che devono sussistere affinché l’attività in questione sia qualificabile come “strumentale”*»: i) *il servizio è volto a soddisfare esigenze dell’amministrazione e non è direttamente fruibile dai cittadini*; ii) *il rischio di gestione è assunto dall’amministrazione*

È poi possibile individuare un'ulteriore categoria di società pubbliche, con riferimento a quegli enti cui l'Amministrazione abbia attribuito non solo l'esercizio di attività amministrativa in forma privatistica ma l'esercizio di vere e proprie funzioni pubbliche, società per definire le quali le Sezioni Unite hanno impiegato la nozione di *organo indiretto* della Pubblica Amministrazione⁸.

Si può dunque per il momento affermare, confortati dalla migliore dottrina (CARINGELLA 2016; GAROFOLI-FERRARI 2016; GIOVAGNOLI 2016), che il ricorso ai modelli societari elaborati dal Codice civile costituisca per la Pubblica Amministrazione una scelta organizzativa "neutra", da riempire di contenuti sulla base delle attività che alle società pubbliche vengono commesse dagli enti controllanti, attività suscettibili di variare dalla produzione o scambio di beni e servizi all'esercizio, in forma privatistica o anche propriamente pubblicistica, di attività amministrativa.

Uno spettro così ampio di attività, attribuite ad enti che secondo il modello codicistico sono società commerciali, non può non avere rilevanza in ordine allo specifico problema dell'assoggettabilità a procedure concorsuali. Tale approccio, patrocinato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa e da parte della dottrina, non è tuttavia condiviso, sia pure con una diversità di toni, da parte della giurisprudenza di legittimità, che si affida ad un criterio di matrice strettamente tipologica.

3. Il requisito soggettivo del fallimento: tra teoria funzionalista e tipologica. Il menzionato art. 1 della legge fallimentare, nell'escludere dal perimetro applicativo della relativa disciplina gli "enti pubblici", è alla base della distinzione tra le teorie tipologica e funzionalista, rilevanti al fine di individuare il fondamento dell'assoggettabilità o meno delle società pubbliche al fallimento .

affidante; iii) la remunerazione del servizio è a carico dell'amministrazione nell'ambito del rapporto bilaterale con l'appaltatore».

⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 29 dicembre 1990, n.12221, Soc. Mededil c. Soc. Sincies Chimentin. La Suprema Corte ha affermato che «*Gli atti emessi da una società concessionaria di costruzione di opera pubblica, quando siano rivolti all'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite ad essa società dall'amministrazione concedente, hanno carattere di atti amministrativi, ancorché provenienti da un organo indiretto, e sono quindi soggetti ai rimedi giurisdizionali apprestati per questi atti*».

Secondo l'impostazione tradizionale, il requisito negativo di cui all'art. 1 l.f. è fondato su una valutazione legislativa di "essenzialità" dell'ente pubblico economico, che è in tal modo posto al riparo dall'applicazione *tout court* della disciplina di diritto comune, salvaguardandone l'esistenza anche in caso di incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (TORIELLO, 2016). Le società partecipate, d'altra parte, rappresentano in misura consistente la continuazione con altri mezzi del medesimo fenomeno costituito dagli enti pubblici economici, dopo il compimento del processo di privatizzazione formale.

Secondo l'orientamento tipologico (BASSI, 1969; GALGANO, 1974; ROMAGNOLI, 2006; FIMMANÒ, 2011; SORCI, 2011), dunque, una società commerciale riveste *ipso iure* natura privatistica, a prescindere dalle funzioni ad essa affidate e dall'intensità del collegamento che la avvince alla Pubblica Amministrazione.

In una recente sentenza, la Corte di Cassazione afferma la fallibilità delle società pubbliche, a prescindere dalla funzione esercitata, «*non potendosi al contempo disconoscere che il modello societario è andato negli anni assumendo connotati sempre più elastici, sostanzialmente svincolandosi dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica, sino a divenire un contenitore adattabile a diverse finalità (si pensi, ad es., alle società sportive di cui alla l. n. 91/81), l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile*»⁹.

Nella medesima pronuncia, tuttavia, la Suprema Corte pone implicitamente le basi per il superamento di tale orientamento, ove osserva che ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura

⁹ Così Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209 - Pres. R. Rordorf - Rel. M. Cristiano. In senso conforme: Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, 21991 (parzialmente conforme); Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011; Corte di appello di Napoli, sez. I, 15 luglio 2009.

del soggetto: proprio della natura privatistica è lecito dubitare con riferimento ad alcune società che, investite dell'esercizio di pubbliche funzioni e legate alla P.A. da un rapporto di delegazione interorganica, si atteggiavano ad "organo esterno" della Pubblica Amministrazione.

Secondo differente orientamento (RENNA, 1997; MARZUOLI, 2000; NAPOLITANO, 2003; D'ATTORRE, 2007; ID., 2009; ID., 2013) di matrice funzionalistica, la questione dell'assoggettabilità a fallimento delle società partecipate deve essere risolta sulla base delle funzioni attribuite alle medesime, non essendo appagante il criterio della mera appartenenza ad un tipo codicistico¹⁰.

Tale indirizzo è confortato dalle più recenti pronunce del Giudice amministrativo, ad avviso del quale *«Nell'ambito delle società pubbliche occorre distinguere le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa. Le prime sono assoggettate, in linea di principio, allo statuto privatistico dell'imprenditore, le seconde allo statuto pubblicistico della pubblica amministrazione. Per stabilire quando ricorre l'una o l'altra ipotesi, occorre aver riguardo: i) alle modalità di costituzione; ii) alla fase dell'organizzazione; iii) alla natura dell'attività svolta; iv) al fine perseguito»*¹¹.

Proprio a partire da tale orientamento del Consiglio di Stato è possibile superare la bipartizione tra teoria tipologica e funzionalista, atteso che, con

¹⁰ Hanno escluso l'assoggettabilità al fallimento delle società pubbliche le seguenti recenti pronunce: Tribunale di S. Maria Capua Vetere, sez. III, 22 luglio 2009, n. 52; Corte d'appello di Torino, sez. I, 15 febbraio 2010; Trib. Patti, 6 marzo 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010.

Contra, l'impostazione funzionalistica è recisamente rifiutata da Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209, ove si afferma che «Il fallimento della partecipata, ancorché, in ipotesi, costituita all'unico scopo di gestire un determinato servizio pubblico, non preclude dunque all'ente locale, rimasto proprietario dei beni necessari all'esercizio di quel servizio, di affidarne la gestione ad un nuovo soggetto. Infine, il pericolo derivante dal rischio di interruzione del servizio, per il tempo necessario all'ente locale ad affidarlo ad un nuovo gestore, può essere evitato attraverso il ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio, previsto dall'art. 104 l. fall.. Va condivisa sul punto la tesi, avanzata in dottrina e seguita anche dalla giurisprudenza di merito, secondo cui nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita».

¹¹ Consiglio di Stato Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122 - Pres. Severini, Est. Lopilato.

riferimento alle società pubbliche e per effetto determinante del diritto europeo, *è proprio la funzione che fa il tipo.*

L'art. 1 della legge fallimentare, allorché esenta gli enti pubblici dalle procedure concorsuali, può dunque essere interpretato attraverso il prisma di quella che il Consiglio di Stato ha denominato nozione “funzionale” e “cangiante” di ente pubblico, tale da ricomprendere quelle società che, in ragione delle funzioni esercitate e dei legami con la Pubblica Amministrazione, sono da considerarsi “organi indiretti” della medesima.

4. La discussa fallibilità della società *in house*. Problema peculiare si pone con riferimento alle società *in house*, soprattutto nel caso in cui siano affidatarie di servizi pubblici; pochi dubbi, infatti, sussistono in ordine alla fallibilità di società partecipate da enti pubblici che esercitano in una logica di mercato attività commerciali. A tali società ben si attaglia il condivisibile *dictum* della Corte di Cassazione, secondo cui «*la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque a perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e dell'affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità*»¹².

Correlativamente, pochi dubbi si appuntano sulla sottrazione al fallimento dei c.d. “enti pubblici in forma societaria” (CARINGELLA, 2016), tra cui *ex pluribus* Anas S.p.A., che esercitano propriamente funzioni pubbliche e non attività economica: per tali enti difetterebbe, in ogni caso, il requisito oggettivo del fallimento.

¹² Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209.

Con riferimento, invece, alle società *in house*, dottrina e giurisprudenza appaiono divise tra un orientamento che fa leva sulla non alterità della società rispetto alla Pubblica Amministrazione¹³ ed un altro orientamento che, al contrario, si fonda sul principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria, iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica¹⁴.

La questione problematica si pone proprio in ragione dei connotati strutturali delle società *in house*¹⁵: la giurisprudenza di legittimità, nell'affermare in generale la fallibilità delle società pubbliche, statuisce che l'applicazione del diritto comune trova «fondamento nell'incontestabile rilievo che il rapporto tra società ed ente pubblico è di assoluta autonomia»¹⁶; inoltre «una società per azioni il cui statuto non evidenzia poteri speciali di influenza ed ingerenza dell'azionista pubblico, ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto societario, ed il cui oggetto sociale non contempli attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, non perde la sua qualità di soggetto privato — e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile - per il fatto che essa, partecipata da un comune, svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest'ultimo» (Cass. n. 21991/2012).

L'autonomia di cui discorre la Suprema Corte, fondata sull'assenza di poteri di influenza e ingerenza ulteriori rispetto a quelli riconosciuti dal diritto

¹³ In tal senso, Corte App. L'Aquila, sent. 2.3.2015, n. 304; Trib. Verona, sent. 19.12.2013, n. 651; Trib. Napoli sent. 9.1.2014, n. 1097; Trib. Nola, sent. 30.1.2014.

¹⁴ In tal senso si è espresso il Tribunale di Modena, decreto 10.1.2014. Analogamente, il Tribunale di Palermo, con sentenza del 13 ottobre 2014, ha statuito che le società costituite secondo i tipi codicistici ed aventi per oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili alle procedure concorsuali a prescindere dall'effettivo esercizio di tale attività, atteso che è lo statuto sociale a rilevare in ordine all'assunzione della qualità di imprenditore. Nel medesimo senso, Corte App. Napoli, 27.5.2013, n. 346, 24.4.2013, 15.7.2009; Trib. Palermo, 11.2.2010; Trib. Velletri 8.3.2010; Trib. Pescara 1.4.2014.

¹⁵ La giurisprudenza europea ha indicato, quali requisiti necessari ai fini della configurazione dell'*in house*: i) la partecipazione interamente pubblica; ii) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; iii) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.

¹⁶ Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209.

societario, è all'evidenza difettante nelle società *in house*, le quali contengono invece l'elemento costitutivo del "controllo analogo"¹⁷. Proprio il requisito del "controllo analogo" è interpretato dalla giurisprudenza nazionale ed europea come la combinazione della dipendenza formale, economica e amministrativa, tale da far apparire la società *in house* come "*longa manus*" della Pubblica Amministrazione (SALERNO, 2016). D'altra parte, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, soltanto un tale rapporto di sostanziale delegazione interorganica giustificerebbe per le società *in house* l'affidamento diretto di commesse pubbliche, in deroga alla regola generale della gara ad evidenza pubblica¹⁸ (URSO, 2006; CAPACCI, 2007; PIPERATA, 2008; GAETA, 2012).

Ulteriore argomento valorizzato dall'opzione interpretativa favorevole ad estendere l'applicabilità della disciplina concorsuale anche alle società *in house* si fonda sulla circostanza che tali società, nonostante la peculiare *governance*, si pongono nei rapporti con i terzi come soggetti imprenditoriali non diversi dagli altri operatori commerciali e dunque a rischio di insolvenza¹⁹. Escludere le società *in house* dal novero delle imprese fallibili equivarrebbe, dunque, secondo tale orientamento a violare i principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto, attesa la necessità del rispetto delle regole di concorrenza, che impone la parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.

Tale argomento, tuttavia, non si attaglia ad un elemento strutturale delle società *in house*, costituito dal c.d. asservimento funzionale o dedizione prevalente ai bisogni dell'ente pubblico (CARINGELLA, 2016; GAROFOLI-FERRARI, 2016).

¹⁷ La Corte di Giustizia ha poi precisato che il controllo analogo deve consistere nella possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'*influenza determinante* sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e che il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere effettivo, strutturale e funzionale (si veda la sentenza Econord, C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punto 27).

¹⁸ *Ex pluribus*, Corte Ce 11 maggio 2006, C-340/04; Corte Giust., 12 dicembre 2002, C-470/99; Corte Giust. 10 aprile 2008, C-323/07; Corte Giust. Sent. 29 novembre 2012, n. 182; Corte Giust. 19 giugno 2014, n. 574.

¹⁹ In tali termini il Tribunale di Reggio Emilia, sent. 18.12.2014, n. 150.

Alla stregua del menzionato requisito, enucleato dalla giurisprudenza europea, la società *in house* deve svolgere la “*parte più importante*” della propria attività nei confronti dell’ente pubblico (così nella già menzionata sentenza Teckal, 18 novembre 1999, C-107/98, e nella sentenza Stadt Halle, 11 gennaio 2005, C-26/03); la Corte di Lussemburgo, ad ulteriore chiarimento di tale requisito, ha precisato che la società *in house* deve essere “*sostanzialmente destinata in via esclusiva all’ente locale in questione*” (Corte Giust. Ce, sent. Carbotermo, 11 maggio 2006, C-340/04, punto 62)²⁰.

Si può ritenere, dunque, che l’argomento facente leva, nel sostenere l’applicabilità della disciplina fallimentare, sul coinvolgimento del mercato nell’attività delle società *in house* è distonico rispetto all’esclusiva destinazione di tali enti alla Pubblica Amministrazione controllante.

Tale considerazione mantiene la sua validità anche a fronte del disposto dell’art. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, il quale, nel disciplinare le società *in house* in attuazione della normativa europea, stabilisce che i relativi statuti devono prevedere che oltre l’ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall’ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo *a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell’attività principale della società*.

Ulteriore argomento valorizzato ai fini dell’estensione della disciplina concorsuale alle società *in house* viene tratto dall’art. 4 l. 20 marzo 1975, n. 70, secondo cui “*nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*”. Può rilevarsi, tuttavia, che la società *in house* non dà luogo ad un “nuovo” ente pubblico, ma ad un’articolazione, una modalità organizzatoria

²⁰ Il punto 63 della medesima sentenza rileva che il requisito dell’asservimento funzionale sussiste “solo se l’attività di detta impresa è principalmente destinata all’ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale”.

Nel medesimo senso, nella giurisprudenza interna si segnala, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in Foro amm., CDS 2009, 4, 1080, ove si sostiene la necessità che la società *in house* svolga i suoi compiti in via sostanzialmente esclusiva nei confronti dell’Amministrazione a monte.

del medesimo ente che la costituisce e controlla, potendo essere – come ripetutamente affermato in dottrina – assimilata ad un suo organo.

L'assoggettabilità al fallimento apparirebbe da ultimo non coerente con la reiterata affermazione della giurisdizione contabile a fronte della *mala gestio* degli amministratori di una *società in house*, fondata proprio sulla considerazione che tale società non è un soggetto distinto dall'ente pubblico, ma una mera articolazione interna del medesimo (SALVAGO, 2009; SINISI, 2010; TORCHIA, 2012; DEL GATTO, 2014)²¹. Non sussiste, di conseguenza, una distinzione tra i relativi patrimoni e gli amministratori della società altro non sarebbero che organi dell'ente, ad esso legati da un rapporto di servizio e, dunque, assoggettabili alla responsabilità amministrativa.

Con riguardo alle società *in house*, a differenza delle altre società partecipate, la *mala gestio* degli amministratori provoca quindi un danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico di riferimento. In tal modo, valorizzando l'assenza di una sostanziale alterità soggettiva, la Suprema Corte supera il diaframma rappresentato dalla presenza di una società di capitali formalmente distinta dalla Pubblica Amministrazione²².

Ciò posto, non si comprende come possa sostenersi, da un lato, che società *in house* e PA sostanzialmente si compenetrano (ammettendosi dunque un danno diretto al patrimonio pubblico in caso di *mala gestio* degli amministratori) e, dall'altro, che tali società si atteggiino come ordinari operatori commerciali esposti a fallimento.

²¹ In tal senso, Cass., sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20940 e n. 20941; Cass., sez. un., 15 gennaio 2010 n. 519; 23 febbraio 2010, n. 4309; 9 aprile 2010, n. 8429; 9 maggio 2011, n. 14655; 7 luglio 2011, n. 14957; Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209. Rilevante la massima di tale ultima sentenza: «Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nel caso di azione diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati ad una società *in house* per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi di cui esclusivamente tali enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalentemente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici».

²² In tal senso, Corte Conti, sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Corte Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327.

Autorevole dottrina (FIMMANÒ, 2014) offre un'altra ricostruzione dell'assoggettamento delle società *in house* – a differenza delle società meramente partecipate – alla giurisdizione della Corte dei Conti. Si afferma, in particolare, che l'estensione della giurisdizione contabile si fonda sulla *natura oggettivamente pubblica del danno* provocato dalla *mala gestio* degli amministratori, conseguente all'affidamento di un servizio pubblico ad un soggetto esterno, per tal via inserito nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico a prescindere dalla sua qualificazione soggettiva.

Non si vede tuttavia come tale ricostruzione sia compatibile con l'ordito motivazionale di quella giurisprudenza che afferma la sussistenza della giurisdizione contabile sulla base dell'assenza di alterità soggettiva tra ente pubblico e società *in house*, per cui «è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità» (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. 25 novembre 2013, n. 26283).

D'altra parte, l'esplicito riferimento recato alle società *in house* dalla Relazione del Presidente Rordorf, preso in considerazione nel primo paragrafo, se è espressione di un chiaro orientamento della Commissione – ed a prescindere dalla successiva vicenda parlamentare del disegno di legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali – deve essere tuttavia confrontato con il parametro normativo ed il formante giurisprudenziale, anche europei, sì da ritenere il requisito negativo di cui all'art. 1 della legge fallimentare esteso anche alle società *in house*.

L'assimilazione di tali società agli enti pubblici, di cui discorre il menzionato art. 1 l.f., non lascia, peraltro, i creditori privi di ogni tutela, atteso che in caso di insolvenza appare comunque percorribile la strada del ricorso a procedure di liquidazione (SALERNO, 2016). Con la conseguenza che i creditori insoddisfatti possono rivalersi sull'ente pubblico controllante, ex art. 2495 cod. civ., *“fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi”*.

5. Crisi d'impresa delle società partecipate secondo il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sul descritto dibattito, di carattere prettamente dottrinario e giurisprudenziale, si è inserito l'art. 14 del decreto attuativo della Riforma Madia che, nell'ambito di un ampio progetto di riforma della Pubblica Amministrazione, ha disciplinato espressamente la crisi d'impresе delle società pubbliche²³.

Il comma primo del menzionato articolo stabilisce che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

²³ È rilevante ripercorrere quanto su tale articolo ha osservato la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel parere 21 aprile 2016, n. 968. Nell'esaminare il progetto di decreto legislativo, il Consiglio di Stato riconosce che la questione della fallibilità delle società pubbliche è stata da sempre molto dibattuta.

Tale dibattito nasce dal fatto che l'art. 1 della legge fallimentare dispone che gli enti pubblici non sono assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. L'esclusione, nell'impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali.

L'estensione di queste regole, secondo l'orientamento interpretativo prevalente, non poteva operare per le società pubbliche in quanto queste ultime hanno natura privata. Né sarebbe possibile, si sottolineava, una interpretazione analogica della norma in ragione del fatto che, in presenza di una società pubblica, l'essenzialità non poteva ritenersi riferita al soggetto ma all'attività svolta che ben potrebbe essere posta in essere secondo diverse modalità organizzative. In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità» (Cass., sez. un., 27 settembre 2013, 22209).

La Commissione si limita a segnalare come l'art. 18, comma 1, lettera l) della legge delega preveda la «possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento». Si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*.

Una prima questione problematica si pone con riferimento al perimetro applicativo della disposizione, che fa riferimento alle “*società a partecipazione pubblica*”. Tali società sono definite dall’art. 2, comma 1, lett. o) del medesimo decreto, che le individua nelle società a controllo pubblico, nonché nelle altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico.

A sua volta, il requisito del controllo pubblico è definito dalla lettera b) del citato art. 2, come «*la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*». Mentre per “partecipazione”, alla stregua della lettera f), si intende «*la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi*».

Da quanto esposto emerge che l’art. 14, allorché discorre di società a partecipazione pubblica, fa riferimento ad una nozione di partecipazione e, soprattutto, di controllo prettamente privatistica, resa palese dall’espresso richiamo dell’art. 2359 cod. civ..

Tale nozione non è compatibile con il requisito del controllo analogo richiesto per le società *in house*, controllo che deve implicare, come illustrato *supra*, un potere di ingerenza dell’ente pubblico così intenso da annullare la distinzione soggettiva tra PA e società e consentire l’instaurazione di una relazione di delegazione interorganica.

D’altra parte, la definizione di società *in house* è fornita dalla lettera o) del medesimo art. 2, che distingue la nozione di controllo privatistico da quello che connota «*le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto*».

Di conseguenza, a differenza da quanto sostenuto da quella dottrina che per prima ha commentato la nuova disciplina delle società pubbliche (DI NUNZIO – DE CARLO, 2016), deve ritenersi che le società *in house* siano estranee all’alveo

applicativo dell'art. 14, e dunque per esse ancora appaiono valere gli argomenti esaminati nel paragrafo precedente.

6. Le misure di prevenzione dell'aggravamento delle crisi d'impresa.

L'14 non si limita a prevedere, *ex post* rispetto ad una situazione di insolvenza della società partecipata, l'assoggettabilità alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo. Il legislatore delegato introduce, sulla scia del disegno di legge delega sulla riforma delle procedure concorsuali (A.C. 3671), una disciplina specifica dedicata alle misure idonee ad evitare *ex ante* che situazioni di sofferenza esitino in una vera e propria insolvenza.

L'art. 14, comma 2, del decreto attuativo dispone dunque che qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 3, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

Nel caso in cui la crisi della società partecipata sia degenerata in una vera e propria insolvenza, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile.

Il legislatore delegato precisa altresì che non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte.

Si precisa altresì che le amministrazioni inserite nell'elenco Istat, di cui all'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (ossia gli organismi

pubblici, le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica e controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche), non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-*ter* del codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Restano, in ogni caso, consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al periodo precedente, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5 del decreto attuativo, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

Inoltre, al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto de Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi, altrimenti preclusi, di aumento del capitale, trasferimento straordinario, apertura di credito, rilascio di garanzie a favore delle società partecipate.

Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 14 prevede significativamente che nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

7. Rilievi conclusivi. La disciplina di cui all'art. 14 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, se da un lato dispone espressamente l'assoggettamento delle società partecipate alla normativa fallimentare di diritto comune, dall'altro non scioglie i principali nodi problematici con peculiare riferimento alle società *in house*.

Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sul progetto di decreto attuativo, ha segnalato come l'art. 18, comma 1, lettera *l*) della legge delega preveda la «*possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento*». Con la conseguenza che il legislatore delegato avrebbe potuto, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società *in house*.

Il Governo, nell'esercitare la delega, non ha accolto l'indicazione del Consiglio di Stato, ritenendo che si trattasse «*di una soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame*».

Tuttavia, nonostante l'intenzione del legislatore storico, il sintetico riferimento che l'art. 14 del decreto delegato fa alle "società partecipate" non appare idoneo ad includere *sic et simpliciter* le società *in house*. Ciò per un duplice ordine di motivi: sul piano strutturale, non vengono superati gli argomenti facenti leva sulla morfologia del fenomeno *in house* e sulla sostanziale assenza, riconosciuta più volte dalla giurisprudenza della Cassazione, anche nella sua più autorevole composizione, di alterità soggettiva tra società *in house* e PA; vi è poi un'ulteriore considerazione, esaminata *supra*, concernente il perimetro applicativo dell'espressione "società partecipate" come definita dall'art. 2 del d.lgs. 175 del 2016.

In senso contrario depone, tuttavia, il sesto comma del citato art. 14, ove si discorre di «*dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti*».

Tale disposizione solleva profili problematici atteso che, da un lato, il riferimento agli affidamenti diretti parrebbe rimandare alle società *in house*.

Dall'altro lato, però, la disposizione fa riferimento ad una nozione di controllo che rinviene la sua definizione normativa nella lettera *b*) dell'art. 2, ove si richiama «*la situazione descritta nell'art. 2359 del codice civile*», mentre il controllo analogo, requisito strutturale dell'*in house providing*, è significativamente definito dalla successiva lett. *c*) come «*la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante*».

L'affidamento diretto, di cui al menzionato sesto comma, può ritenersi dunque riferito non già alle società *in house*, ma alle società miste per le quali il socio industriale od operativo privato sia selezionato attraverso la c.d. *doppia gara*, volta sia all'individuazione del *partner* privato dell'Amministrazione sia all'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio o alla realizzazione del progetto²⁴.

In ogni caso, solo la concreta applicazione della nuova disciplina potrà consentire di sciogliere i dubbi che, frutto di una complessa evoluzione dottrina e giurisprudenziale, ancora non sono stati risolti.

Riferimenti bibliografici

- F. BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in Riv. trim. dir. pubbl.
F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Dike giuridica editrice, Roma, 2016.
M.P. CHITI, *La carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 10.
S. CASSESE, *Enti pubblici economici*, in *Nov.mo Dig. It.*, VI, Torino, 1968.
G. D'ATTORRE, *Gli enti di natura pubblica*, in *I soggetti esclusi dal fallimento*, a cura di M. Sandulli, Milano, 2007.
G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Il Fallimento*, 2009.
F. FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011.

²⁴ Corte Giust., Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset; ex pluribus, per la giurisprudenza interna, Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2016, n. 4225; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2011, n. 4527; Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555.

- F. FIMMANÒ, *La società pubblica anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 10.
- F. GALGANO, *Sub art. 1*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1974.
- R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Neldiritto editore, Roma, 2016.
- C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II.
- C. MARZUOLI, *Tutela del cittadino e «privatizzazione» dell'amministrazione*, in E. Rozo Acuna (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000.
- M. MESCHINO – LALLI A. (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016.
- G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997.
- G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I.
- G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004.
- S. SALVAGO, *La giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili e a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. Civ.*, 2010, I.
- M. SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm.*, 2010, I.
- E. SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011.
- L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006.



The second pillar of the Banking Union

di RAFFAELE FELICETTI

SOMMARIO 1. THE BANKING UNION PROJECT AND ITS SECOND PILLAR: THE *SINGLE RESOLUTION MECHANISM (SRM)* 1.1 THE PUBLIC INTERVENTIONS IN THE NEW FRAMEWORK 2. A SINGLE RESOLUTION AUTHORITY: THE *SINGLE RESOLUTION BOARD* AND THE ISSUE OF ITS LEGAL BASIS 3. THE FRAMEWORK OF THE REGULATION 806/2014 ON THE *SINGLE RESOLUTION FUND (SRF)* 3.1. THE IGA AGREEMENT AND THE FRAMEWORK ON THE NATIONAL COMPARTMENTS 3.2. THE CASE OF THE ITALIAN RESOLUTION FUND: THE RESOLUTION OF THE FOUR BANKS 4. THE DECISION-MAKING PROCESS IN THE *SRM* 5. SOME FINAL REMARKS

Abstract

Il presente contributo indaga il secondo pilastro dell'Unione Bancaria – il Meccanismo di risoluzione unico – e i suoi elementi, il Comitato unico e il Fondo di risoluzione unico. Con riferimento al primo, si affronta la questione della sua base legale, sorta durante la fase costitutiva, mentre con riferimento al secondo l'attenzione si concentra sul processo costitutivo, recentemente avviato e ancora *in fieri*. Si analizza inoltre la situazione del Fondo di risoluzione nazionale – oggi divenuto compartimento – in seguito al suo intervento nell'ambito della risoluzione delle quattro banche. È infine effettuata una disamina del processo decisionale del Meccanismo di risoluzione unico e del rapporto tra aiuti di Stato e Fondo unico.

1. The Banking Union project and its second pillar: the *Single resolution Mechanism (SRM)*. With Directive no. 2014/59/EU (so-called *Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD*) of 15 May 2014 the legislations of all European Union's Countries have been harmonised, in order to arrange the path for that transition – that already took place in the United States in 2008, with the *Dodd Frank Act* - «*from bail-out to bail-in*», borrowing the title of a famous article published on *The Economist*¹. The outbreak in the United States of the 2007 subprime crisis produced the failure of some of the most important intermediaries. The historic decision made by the American authorities to let *Lehman Brothers* fail gave birth to a new season of the managing of the

¹ The article, titled «*From bail-out to bail-in*» and published on *The Economist* of the 28 January 2010, is signed by the then *CEO* of the investment bank *Credit Suisse*, Paul Calello.

banking crisis: the unsustainability of the costs of the taxpayer-funded bail-outs (better known as *bail-outs*) became undeniable causing, amongst the other things, an improper socialisation of the crisis' costs and a growth of the moral hazard of the intermediaries.

The *BRRD* required Member States to implement the new rules on the managing of the banking crisis: amongst these rules is worth mentioning the introduction of the new resolution procedure. Furthermore, the Directive required the setting up, in each Member State, of bank resolution funds, which have the task to provide financial support to the resolution tools.

Two months after the issuance of the Directive, Regulation (EU) no. 806/2014 of 15 July 2014 (so-called *Single resolution Mechanism* Regulation, Srm Reg.) was adopted: therefore, the second pillar of that ambitious project known as Banking Union was built. The single resolution mechanism has to be considered together with the structure previously introduced by Regulation (EU) no. 1024/2013 of 15 October 2013 (so-called *Single supervisory Mechanism* Regulation, Ssm Reg.), which established in the euro area a single supervisory mechanism (*Ssm*) managed by the ECB, in cooperation with the national supervisory authorities² and which represents the first pillar of the Banking Union. The framework is completed by a third pillar, the «*European Deposit Insurance Scheme (EDIS)*», not completed yet: as of today it only exists the harmonisation of the national legislations achieved with Directive no. 2014/49 (EU) of 16 April 2014, recently implemented in Italy with Legislative Decree no. 30/2016³.

The Srm Regulation – as the one on the *Single supervisory Mechanism* – is applicable only to the Eurozone, although, as the latter, it

² According to this framework, the ECB is entrusted with the direct supervision of the so-called *more significant banks*, namely those that, on the basis of some elements (*i.e.* dimension, importance for the economic system of the European Union or for that of the Member State, relevance of the cross-border activities) shall be deemed to be “significant”. On the other side, the national authorities are entrusted with the supervision on all the other banks, even though the ECB can always take the task up when specific conditions are met.

³ In November 2015 the European Commission proposed a Regulation, but the proposal is still under discussion.

envisages an opt-in possibility for the non-euro area countries⁴. The opportunity of two parallel tracks, for both the supervision and the resolution, with the concentration of both functions, had already been underlined in 2012 by the Report of the then President of the European Council Herman Van Rompuy, «*Towards a Genuine Economic And Monetary Union*»⁵. In fact, once that the ECB had been entrusted with the supervision of the intermediaries of the euro area countries – at least of those more significant – a similar concentration was deemed as being necessary also with regard to the resolution.

Therefore, a Single resolution authority - the *Single Resolution Board (SRB)* – and a common Fund – the *Single Resolution Fund (SRF)* – were set up for the Eurozone.

One of the central issues that the regulators had to face when building the single resolution mechanism was that of its legal basis. The same problem did not arise with reference to the assignment to the ECB of the supervisory functions that took place with the Ssm Regulation: article 127 (6) TFEU in fact states that «*the Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, may unanimously, and after consulting the European Parliament and the European Central Bank, confer specific tasks upon the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions [...]*».

The same cannot be said with regard to the resolution tasks, because of the lack of a provision similar to Article 127 (6) TFEU. Therefore it has been decided – with a controversial decision⁶ - to build the new single resolution

⁴ Regulation no. 1024/2013 (“Ssm Reg.”), in fact, envisages the possibility for non-euro area countries to voluntarily join the mechanism (so-called “opt-in”). Article 2 Ssm Reg. defines “participating Member State” as a «Member State whose currency is the euro or a Member State whose currency is not the euro which has established a close cooperation in accordance with Article 7». Article 7 provides that the ECB and the national competent authority may establish a close cooperation by means of close cooperation agreements in accordance to this article. Article 4 of Srm Reg. states that «Participating Member States within the meaning of Article 2 of Regulation 1024/2013 shall be considered to be participating Member States for the purposes of this Regulation»: it follows that the scopes of the two Regulations are the same.

⁵The complete text of the report may be found at the following web address: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/134069.pdf

⁶ Already in 2013, the German Ministry of Finance Schäuble, in a letter published on the *Financial Times* titled «*Banking union must be built on firm foundations*», had underlined his

mechanism on Article 114 TFEU, which empowers the European Parliament and the Council, after consulting the Economic and Social Committee, to adopt the measures for the approximation of the Member States' provisions in order to protect the internal market.

The legislation of the Regulation integrates, for the Eurozone, that of harmonisation provided by the *BRRD*, which, as known, introduced a new procedure for the banking crisis' managing: the resolution. This procedure may be defined as an insolvency/restructuring procedure (GARDELLA 2015) aimed at, among the other things, ensuring the continuity of the institution's critical financial and economic functions⁷. The resolution is triggered when some specific circumstances are met⁸ and it includes a structured toolkit: the *sale of business*, the *bridge bank*, the *asset separation tool* and the *bail-in*. Especially the latter, by empowering the *Single resolution Board* (on which see paragraph 2) to recapitalize the institution under resolution through the write down of the capital instruments and/or the write down or conversion into equity of the unsecured debts, introduces a model based on the bail-in of the banks and perfectly embodies the overcoming of the *bail-out* model.

1.1 The public interventions in the new framework. With the introduction of the *BRRD* first and of *Srm Reg.* after, the spaces for a public intervention in the context of banking crisis have been overwhelmingly reduced. The forms of public intervention allowed are essentially linked to the need to guarantee the financial stability when systemic crisis take place. Consequently, it is admitted – under strict conditions⁹ - the activation of the so-called

perplexities on the setting up of a *Srm* without a previous amendment of the Treaties, stressing that «*while today's EU treaties provide adequate foundation for the new supervisor and for a single resolution mechanism, they do not suffice to anchor beyond doubt a new and strong central resolution authority*».

⁷ See Article 14 (2) (a) *Srm Reg.*

⁸ Pursuant to Article 18 *Srm Reg.*, in order to trigger the resolution procedure the following conditions need to be met: (i) the entity is failing or is likely to fail; (ii) there is no reasonable prospect that any alternative measure for the entity would prevent its failure within a reasonable timeframe; (iii) the resolution is necessary in the public interest.

⁹ Among the various conditions that need to be met, it is worth mentioning: the previous contribution of the stockholders and the creditors of the entity through a loss absorption and a recapitalisation of at least 8% of the total liabilities of the entity as calculated at the moment of

“government stabilisation tools”: essentially the public equity support tool and the temporary public ownership tool.

Another form of public intervention is that of Article 18 (4) Srm Reg.¹⁰. One of the conditions for triggering the resolution is the failure or the risk of failure (see footnote no. 8) of an entity. Among the elements that suggest the existence of a failure or of its risk it is included the circumstance that an extraordinary public financial support is required. Therefore the default rule is that anytime the entity needs this kind of support, it has to be deemed as failing or likely to fail.

This notwithstanding, the same article envisages some exceptions to this rule. This is the case when the public support is granted in order to remedy to a «serious disturbance in the economy of a Member State and preserve financial stability» and takes any of the following form: (i) a State guarantee to back liquidity facilities provided by central banks in accordance with the central banks' conditions (that is to say, in order to guarantee the so-called Emergency liquidity assistance - *ELA*); (ii) a State guarantee of newly issued liabilities; or (iii) an injection of own funds or purchase of capital instruments at prices and on terms that do not confer an advantage upon the entity. This last form of support is activated in order to face capital shortfalls established in tests such as the stress tests and it is consequently designed to carry out a *precautionary recapitalisation*.

These forms of public interventions – conditioned to the authorisation pursuant to State aid rules - are in any case limited solely to the solvent entities.

A first application of these instruments took recently place in Italy, with Legislative Decree no. 237 of 23 December 2016. The decree was issued in order to face the difficulties of some Italian entities, including Monte dei Paschi di Siena¹¹.

the resolution; and the prior or final approval under the European Union State aid framework (see Article 37 (10) *BRRD*).

¹⁰ The provision corresponds to that of Article 32(4) *BRRD*.

¹¹ The stress test held in the last July by the European Banking Authority showed the risk of a severe impact on the capital of Monte dei Paschi of an adverse scenario, under which, according to the results of the test, in 2018 might be registered a -2,2% CET1.

To this purpose it has firstly been authorised the concession, until the 30 June 2017, of State guarantees of newly liabilities issued by Italian banks¹², although only after the previous favourable decision of the European Commission¹³.

It has further been allowed the State irrevocable guarantee in order to integrate the collateral provided by Italian banks for the guarantee of the *ELA* granted to them by the Bank of Italy¹⁴.

It is eventually provided the possibility for the Italian Ministry of the Economy and Finance to subscribe for or purchase, within the 31 December 2017, the shares issued by Italian banks or by Italian companies holding bank groups¹⁵: in this case the intervention of the State may be required by an entity that has the need to strengthen its capital after that stress tests showed adverse scenarios.

Together with Legislative Decree no. 183/2015 (which was eventually converted into Law no. 208/2015, best known as «legge di stabilità 2016») concerning the resolution of four Italian banks started the last year (on which see paragraph 3.2), Legislative Decree no. 237/2016, represents – even though with reference to the aspect of the extraordinary public financial support – another case of application of the new framework in Italy.

2. A single resolution Authority: the *Single resolution Board* and the issue of its legal basis. The first problem that arose during the setting up of a single resolution authority was that of the subject that should be entrusted with the new powers: that is to say, had a new subject to be built or should the powers be conferred to an existing one?

Shortly after the evaluation of the possibility of their conferral to the EBA,

The Legislative Decree was recently converted into law with some amendments by Law no. 15 of the 17 February 2017.

¹² The liabilities have to satisfy all the features listed in Article 2 Legislative Decree no. 237/2016, such as, for instance, an issuing date subsequent to that of the entry into force of the decree; the repayment in a lump sum and a fixed interest rate.

¹³ See Articles 1 and following Legislative Decree no. 237/2016.

¹⁴ See Articles 10 and following Legislative Decree no. 237/2016.

¹⁵ See Articles 13 and following Legislative Decree no. 237/2016.

to the ESMA and to the Commission and after a first proposal according to which they were to be conferred to the ECB (BOCCUZZI 2015) it has been decided to set an *ad hoc* subject up; a new subject which would have acquired the legal form of a “European Union agency”¹⁶.

Consequently it emerged the problem of the legal basis that had to be used in order to build this new subject¹⁷. It has been seen (see paragraph 1) that the single resolution mechanism is based on Article 114 TFEU: therefore the single resolution authority had to be built on that legal basis too. But according to many, this would have been in contrast with the case law of the Court of Justice and, more specifically, with the so-called *Meroni doctrine*¹⁸. According to this jurisprudence— which had a huge success and still today exerts a powerful influence, although less than it used to do in the past – it is incompatible with the Treaties the attribution to organisms not envisaged in the Treaties - *sub specie* agencies – of responsibilities that include the exercise of wide discretionary powers, on the base of the more general principle according to which an Institution cannot delegate to another subject higher powers than those conferred to the Institution itself.

The size of the powers attributed to the *SRB* seemed to be conflicting with this orientation. However, a more recent judgment, significantly defined as «*mellowing Meroni*» (PELKMAS, SIMONCINI 2014), contributed to redefine the subject, partially correcting the historical leading case *Meroni*.

¹⁶ The agencies may be defined – as reported by the institutional website of the European Union - as entities which «*have been set up by the EU to perform technical and scientific tasks that help the EU institutions implement policies and take decisions*». They are set up through acts of secondary legislation and are entrusted with very specific tasks. Today there are many agencies spread all over Europe carrying out various tasks (relating, for instance, to the environment, fishing, security, defence). Among the most important agencies, it is worth mentioning the EBA (the European Banking Authority) and the ESMA (the European Securities and Markets Authority).

¹⁷ The problem of the European agencies is the lack in the Treaties of a provision which specifically deals with their setting up, so that traditionally it has been made reference to Article 352 TFEU (concerning the so-called “implicit powers” or, with another incisive expression, the “flexibility clause”). However, it was underlined that not always the building of European agencies followed this path. On the contrary, it has been ubiquitous for the building process to be grounded on Article 114 TFEU (TRIDIMAS 2009)

¹⁸ See 9-56 *MERONI vs. ALTA AUTORITÁ*, *Court of Justice*, 13 June 1958.

It is the judgment¹⁹ in which the United Kingdom weakened the powers²⁰ - based on Article 114 TFEU – of the *ESMA*. For what is relevant here, the Court of Justice established that the conferral of powers – powers that, in this specific case, could only be used under “exceptional circumstances”- to subjects not envisaged in the Treaties, ought to be considered legitimate insofar as the powers are « *precisely delineated and amenable to judicial review*».

This notwithstanding, the *Meroni doctrine* still exists (FERRAN 2014) and is still applicable, although in a more moderate version: this requires one to raise the question as to whether or not the single resolution authority lies on a safe legal basis, above all with regard to the wide powers conferred to it. A great part of the answer depends, however, on the degree of intensity that the jurisdictional control on these powers will have and on how precisely they have been defined (FERRAN 2014)²¹.

The Single resolution Board (or simply, the Board) – provided with legal personality²² - is composed of a president, four executive members and a member appointed by each participating Member State and which represents their national resolution authorities²³. The Board may meet in plenary or executive session. During the former session the general decisions are adopted and the general activities are carried out (e.g. adoption of the Board’s annual work program for the following year; adoption and monitoring of the annual budget of the Board; decision on the use of the Fund, if its intervention is above the threshold of EUR 5 billion; always with reference to the Fund, it decides on the need to raise extraordinary *ex post* contributions, on the voluntary borrowing between financing arrangements, on alternative financing means and on the mutualisation of national financing arrangements). On the other hand, during

¹⁹ Court of Justice, 22 January 2014, United Kingdom vs. Parliament and Council, C-270/12

²⁰ The specific case concerned the power of *ESMA*, under Article 28 Reg. no. 236/2012, to prohibit short selling activities under exceptional circumstances.

²¹ For a deep analysis of this issue, see ZAVVOS G.S., KALTSOUNI S., (2014) “*The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: legal foundation, governance structure and financing*” in HAENTJENS M., WESSELS B. (edited by), (2015) “*Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*”, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, UK.

²² Article 42 (1) Srm Reg.

²³ Article 43 (1) Srm Reg.

the executive sessions are taken the decisions concerning the management of the resolution: for example, the preparation, evaluation and approval of the resolution plans of the entities that have to be considered “significant” pursuant to Ssm Regulation and those of the entities for which the ECB took the supervision up; or the determination, with reference to these entities, of the minimum requirement for own funds and eligible liabilities²⁴.

The Board also owns the Single resolution Fund (on which see the following paragraph)²⁵. With reference to its use – and, more generally, in order to ensure the respect of the legislation on State aids also during a resolution procedure – the Board has to respect a specific procedure (see paragraph 4).

3. The framework of the Regulation 806/2014 on the *Single resolution Fund (SRF)*. The *BRRD* Directive required Member States to set resolution financing arrangements up which, in almost all Member States, were built as resolution funds²⁶, notwithstanding the fact that the Directive allows, as an alternative, the establishment of resolution financing arrangements through

²⁴ So-called MREL requirement. It is the minimum of liabilities that can be written down or converted through a *bail-in* and that the entities are required to maintain.

²⁵ Article 67 (3) Srm Reg.

²⁶ A resolution fund was established in Spain, through the *Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*, approved by the Spanish Parliament in June 2015 and which took the place of the former law, the *Ley 9/2012*, which had been approved shortly after the *Financial Assistance Programme* granted to Spain by the Eurogroup in July 2012.

Also Austria decided to set a resolution fund up: this happened with the *Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken (BaSAG)*, paragraphs 123 and following, which specifically deal with the Austrian resolution fund (*Abwicklungsfonds*).

A fund was built also in Slovenia, by establishing at Article 5 of the *Bank resolution authority and Fund Act (ZOSRB)* of 17 December 2014 that the Bank of Slovenia had the burden to build it (which it actually did in March 2015). The same choice was made by Germany, where a fund (then adapted to the new framework) funded by the German banking system already existed thanks to the *Restrukturierungsfondsgesetz*. Moreover, a resolution fund with registered office in Budapest was set up in Hungary (so-called *Szanálási Alap, SzA*). Italy too decided to establish a resolution fund. (see paragraph 3.2).

Outside the Eurozone it is interesting the Swedish choice: in fact in Sweden a fund (the *stability fund*) already exists since 2008, with the specific task to provide financial support to the Swedish government’s interventions for banks. When the Directive had to be implemented, it was decided to transfer a part of the resources of the *stability fund* to the newly born *resolution reserve* which, therefore, represents the instrument through which Sweden implemented the provisions on the resolution financing arrangements. Moreover, the former contribution to the stability fund (the so-called “stability fee”) was suppressed and a “resolution fee” introduced.

mandatory contributions from institutions, but not held through a fund controlled by resolution authorities.

Even with reference to the resolution funds, Srm Reg. required a centralisation process: to this purpose it required the building of a Single resolution Fund (Articles 67 and following Srm Reg.)²⁷.

For what concerns the *SRF*'s financial means it is set a target-level – to be reached within 2024 - equal to, at least, 1% of the covered deposits of all credit institutions authorised in all of the participating Member States.

According to the official data on covered deposits, the financial means would therefore amount to roughly EUR 55 billion. Notwithstanding the fact that some commentators deem this amount satisfying (GROS 2014)²⁸, many others consider it insufficient, underlining that during the financial crisis many banks needed financial support for much more than EUR 55 billion²⁹: for example *Hypo*, which received a financial assistance for approximately EUR 100 billion (HUERTAS, NIETO 2014).

As the *Brr* Directive with reference to the national funds, Srm Reg. envisages several contribution mechanisms to the Single Fund. There are, for instance, the so-called ordinary *ex ante*³⁰ contributions, which contribute to the achievement of the target-level. For the cases of insufficiency of the ordinary contributions, extraordinary *ex post* contributions are provided³¹. Furthermore, it is possible for the Board to contract borrowings or other forms of support for the

²⁷ The need of a single fund already emerges by Recital 19 Srm Reg., where it is stressed that a Single resolution Fund is an «*essential element without which the SRM could not work properly*», because if the funding of resolution were to remain national «*the link between sovereigns and the banking sector would not be fully broken*». Furthermore, the Single resolution Fund helps to ensure «*a uniform administrative practice in the financing of resolution*», avoiding «*the creation of obstacles for the exercise of fundamental freedoms or the distortion of competition in the internal market due to divergent national practices*».

²⁸ The commentator evaluated that the financial means of the Fund would be sufficient even to face systemic crisis that would take place in small or medium-sized countries, such as Portugal or Ireland, underlining that in the worst moment of the financial crisis Spain required and obtained by the ESM EUR 60 billion, which is slightly higher than the target-level of the Fund.

²⁹ According to the official data, since the start of the financial crisis, the European countries provided to the banks in financial difficulties approximately EUR 671 billion for recapitalizations and 1288 billion in guarantees.

³⁰ Article 70 Srm Reg.

³¹ Article 71 Srm Reg.

Fund³². If the *ex ante* contributions are not sufficient, the *ex post* ones not immediately accessible, and the alternative funding means are not immediately accessible on reasonable terms, the Board shall decide to make a request to voluntarily borrow for the Fund from resolution financing arrangements within non-participating Member States³³.

However, Srm Reg. does not provide the full framework on the *Single Resolution Fund*. Its setting up was in fact criticized by some States – Germany, for example- which argued for the impossibility of using the Srm as a legal basis for a single fund and, above all, for the regulation of general profiles such as that of the transfer of the contributions from the national funds to the single fund. What worried mostly was the funding of *SRF*: Article 114 TFEU seemed a too weak legal basis for the regulation of this thorny profile, above all if it is borne in mind that Article 114 (2) TFEU expressly excludes fiscal provisions from its scope of application.

Following these observations, the euro area countries decided, during the European Council of 18 December 2013, to negotiate and conclude an intergovernmental agreement on the functioning of the *SRF*. Notwithstanding the fact that the European Parliament kept on rejecting an intergovernmental approach to the issue (BUSCH 2015), in the night between 19 and 20 March accepted the idea to follow this path. After several difficulties, it was eventually decided to regulate the most discussed profiles through an intergovernmental agreement (BOCCUZZI 2015), best known as IGA Agreement, which provides for the transfer of the financial means from the national funds - initially organised as compartments - to the *SRF*.

3.1 The IGA Agreement and the framework on the national compartments. The IGA Agreement was reached on 21 May 2014 and is signed by 26 Member States. Its entry into force was subject to the previous ratification, approval or acceptation by a number of States representing, at

³² Article 73 Srm Reg.

³³ Article 72 Srm Reg.

least, 90% of the total amount of weighted votes of all the Member States participating to the *Ssm* and to the *Srm*: this happened in November 2015. The mutualisation mechanism (see *infra*) started on 1 January 2016.

Through the Agreement the Parties undertake to transfer to the Single resolution Fund the contributions collected at a national level pursuant to the *BRRD* and to the *Srm Reg.*³⁴.

The Single resolution Fund, in fact, is initially composed of compartments, one for each contracting Party. It is set a period (the “transitional period”) throughout which the compartments will be merged: the transitional period shall last until the target-level of the *SRF* is reached (see paragraph 3), but in any case it cannot last more than eight years (therefore until 2024)³⁵. As the transitional period will expire, the national compartments will be completely emptied of their financial means which, in the meantime, will have been transferred to the *SRF*.

Each contracting State pledges to transfer the contributions collected at a national level pursuant to Articles 69 and 70 *Srm Reg.* The transfer shall take place by 30 June of every year.

The compartments do not have a standard “size”: this is equal to the totality of contributions payable by the institutions authorised in each of their territories pursuant to Articles 68 (which refers to Article 100 *BRRD*) and 69 *Srm Reg.*³⁶.

The percentage of financial means to be mutualised varies throughout the transitional period. For the first year (2016) 40% of them has already been transferred. For the second year (2017), another 20% is being added, so that 60% will be reached. The last 40% will be mutualised in the following six years (2018-2024) at a fixed percentage, equal to approximately 6.67% per year (that is to say, the last 40% is equally divided throughout the last six years). In this way, no later than in 2024, the national compartments will be completely emptied.

³⁴ Article 3 IGA Agreement.

³⁵ Article 1 IGA Agreement.

³⁶ Article 4 IGA Agreement.

However, during the transitional period it might arise the need to make use of the financial resources of the Fund. For such cases the Agreement provides a structured mechanism of progressive involvement of the various compartments in the resolution.

Pursuant to the general principle, the costs of a resolution shall be firstly borne by the national compartments of the States where the institution or group under resolution are established³⁷. If these resources are not sufficient the Board shall use those of all the other compartments³⁸. If this is not enough yet, the Board will make use of all the other financial means of the compartments directly interested by the resolution³⁹. If other resources are needed, the interested parties will collect and transfer to the Fund extraordinary contributions⁴⁰.

3.2. The case of the Italian resolution fund: the resolution of the four banks. With Legislative Decree no. 180 of 16 November 2015, Italy has implemented the *BRRD*. In order to fully implement the Directive, the Bank of Italy, with Measure dated 18 November 2015⁴¹ established the National Resolution Fund, which, starting by the 1 January 2016, became a compartment of the *SRF* pursuant to the IGA Agreement.

However, before becoming a compartment, the National Resolution Fund was called to financially support the resolution of four Italian's banks (*i.e.* Banca Etruria, Banca Marche, CariChieti e CariFerrara) already placed in compulsory administrative liquidation and placed under resolution

³⁷ See Article 5 (1)(a) IGA Agreement. During the first year, recourse shall be had to all the financial means available in the interested compartments; during the second recourse shall be had to the 60% and 40% respectively, whereas during the subsequent years the availability of the financial means in the interested compartments shall decrease annually by 6.75%.

³⁸ See Article 5 (1)(b) IGA Agreement. During the first and second year of the transitional period, recourse shall be had to the 40 % and 60 % respectively of the financial means available, while during the subsequent years, the availability of the financial means shall increase annually by 6.75%.

³⁹ See Article 5, (1)(c) IGA Agreement.

⁴⁰ See Article 5, (1)(d) IGA Agreement. The Board may also exercise its power to contract for the Fund borrowings or other forms of support when the *ex ante* contributions are not sufficient and the *ex post* ones are not immediately accessible.

⁴¹ Measure of the Bank of Italy no. 1226609 dated 18 November 2015.

pursuant to the new European framework⁴².

The resolution procedures of the four banks required an intervention (equal to approximately EUR 3.7 billion) of the National Fund: given that at that moment it had just been established, there had been no time to collect the ordinary contribution.

For this reason the Bank of Italy stipulated a bridge loan - granted at market conditions - for the Fund from a pool of banks (Intesa SanPaolo, Unicredit and UBI), for a total amount of EUR 4 billion, divided into three tranches, of EUR 2.4 billion, 1.6 billion and 100 million (this latter undrawn)⁴³. The first tranche was repaid in full on 21 December 2015 using ordinary and extraordinary contributions, which in the meantime had been collected. The contributions collected in 2015 - both ordinary and extraordinary ones - amount to EUR 2.4 billion, 588 million of which represents the ordinary contributions⁴⁴.

The second tranche must be repaid within 18 months of the date of stipulation⁴⁵.

⁴² The resolution was triggered pursuant to Measures of the Bank of Italy dated 21 November 2015 and approved the next day by the Ministry of Finance and Economy. The Measures provided the losses absorption by means of a *bail-in*, although not a “full” one (only the shares and the subordinated bonds have been written down, whereas the unsubordinated bonds and the deposits were fully protected). Moreover, four bridge-banks were set up: all the rights, assets and liabilities of the entities under resolution were transferred to them. Furthermore, all the non-performing loans were transferred from the bridge banks to a *bad bank* (only one for the four banks), REV Gestione Crediti S.p.A.

⁴³ The loan was stipulated pursuant to Article 78(1)(c) Legislative Decree no. 180/2015. Intesa SanPaolo e UBI stipulated a partial assignment of the loan (approved by the Bank of Italy) to, respectively, Banca Monte dei Paschi di Siena and Banco Popolare.

The Fund's resources aimed at:

a) covering the deficit arising from the assignment of the assets and liabilities of each bank under resolution to the corresponding bridge bank (approximately EUR 1.7 billion);
b) making a capital contribution to the bridge banks (approximately EUR 1.8 billion);
c) making a share capital contribution to the bad bank REV Gestione Crediti SpA (approximately EUR 136 million).

⁴⁴ The data are reported by the Annual Report of the National Resolution Fund dated 28 April 2016.

⁴⁵ The Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. is obligated to intervene (for a maximum amount of EUR 1.7 billion) if the Fund's resources are not sufficient to meet its debt service obligations for the second and third tranches of the loan. Furthermore, it should be borne in mind that some financial resources should also derive from the selling process of the four good banks, although the sale on the market is uncertain, at least for what concerns the *quantum*. The selling process recently seemed to come to an end: few months ago Banca d'Italia accepted the purchase by UBI of three of the four good banks (*i.e.* Nuova Banca Marche, Nuova Banca Etruria and Nuova Cassa di Risparmio di Chieti). The other one (Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara) should be

If the Fund's financial resources prove to be insufficient, Law Decree no. 183/2015 allows authorities to collect from the banks "additional contributions" for the National Resolution Fund, in the amount determined by the Bank of Italy within the overall limit - which includes the contributions paid into the Single Resolution Fund - stipulated in Articles 70 and 71 of Srm Reg. For 2016 only, this limit has been increased to twice the annual amount of the contributions calculated in accordance with Article 70 of Srm Reg.

The issue of the additional contributions has recently been addressed by Legislative Decree no. 237 dated 23 December 2016 (converted into law by Law no. 15 dated 17 February 2017, see paragraph 1.1). The Decree has further specified the circumstances under which the banks can be required to make this kind of contribution and also the concrete ways by which the Bank of Italy can require them⁴⁶. With reference to the first profile it is specified that the additional contributions may be collected in order to cover the obligations, losses, costs and any other kind of burden or liability of the National Resolution Fund anyway linked to the Measures of resolutions and to their amendments. Therefore, it is clarified that also amendments to the Measure of resolution, insofar as they originate losses or liabilities for the Fund, can justify the collection of additional contributions.

The Legislative Decree sets a time limit for the determination, by the Bank of Italy, of the amount of the additional contributions: no later than two years after the additional contributions' reference year. Moreover, the decree envisages the possibility for the Bank of Italy to set a deadline - not exceeding five years - for the payment of the contributions, although it shall communicate to the banks on an annual basis the amounts due.

It is also specified that the burden sharing criteria of the additional

sold to Banca popolare dell'Emilia Romagna. However, it is worth mentioning the fact that the amount to be paid for the purchase is still uncertain.

For details, see the following web address: http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2017-01-19/ok-bankitalia-ubi-le-tre-banche-064143.shtml?uuid=AEhS6ND&refresh_ce=1

On the current financial situation of the National Resolution Fund and on its legal status, see Mosco G.D., "*I Fondi di risoluzione*", report at the conference held at LUISS University on 5 December 2016.

⁴⁶ See Article 25 Legislative Decree no. 237/2016.

contributions are those established by the Single Resolution Board with reference to the contributions owed to the Single Resolution Fund.

Eventually it is worth saying that the introduction of the additional contribution was necessary. If it is considered that the National Resolution Fund already became a compartment of the *SRF* (see *supra*) and that therefore part of the financial means has to be transferred to the single fund pursuant to the framework already analysed (see paragraph 3.1), it goes without saying that there are not many financial means left that may be used in order to repay the loans.

4. The decision-making process in the *SRM*. Another profile of the *SRM* worth mentioning is the particular mechanism designed in order to trigger the resolution procedure, especially when the resolution scheme includes the use of the *SRF*.

Because of the perplexities risen with reference to the legal basis on which the Board lies (see paragraph 2), during the setting up of the *SRM* the debate was focused on both the identification of the subject to which the final decision on the triggering of the resolution ought to be conferred and, more generally, on the decision-making process (BOCCUZZI 2015).

The balance struck is the source of a particularly articulated procedure, which involves three different European Institutions (the ECB - in its role as Supervision authority -, the Commission and the Council) and the Single resolution Board.

The Board is entitled to decide whether a bank has to be placed in resolution. However, the ECB has a significant driving force, as long as it shall assess, after consulting with the Board, the evaluation of one of the conditions for the resolution (*i.e.* the failure or the probability of the entity to fail)⁴⁷. To this end, anytime that deems the condition met, the ECB shall communicate it

⁴⁷See Article 18 (1)(2) Srm Reg. It is specified that this assessment may be made by the Board in its executive session (on which see paragraph 2), but only after having informed the ECB of its intention and if the ECB, within three days of receipt of that information, does not make such an assessment.

without delay to the Commission and to the Board.

The Board shall adopt the resolution scheme: in this context it has a certain range of discretion, above all with regard to the definition of the concrete aspects of the resolution procedure and to the choice of the resolution tools.

At this point, the main procedure is joined by a sort of “*sub-procedure*”, which involves the Commission and the Council. The Board, in fact, shortly after the adoption of the resolution scheme, shall transmit it to the Commission which, within 24 hours from the transmission, may either endorse it or object to it with regard to its discretionary aspects.

Within 12 hours from the transmission of the resolution scheme by the Board, the Commission may propose to the Council to object to the resolution scheme on the ground that the resolution scheme adopted by the Board does not fulfil the criterion of public interest of the resolution procedure and/or propose an approval or objection to a significant modification of the amount of the *SRF*, if the resolution scheme involves its use.

In this last case, if the Council has approved the proposal of the Commission for modification of the resolution scheme, and also if it has objected on its discretionary aspects (see *supra*), the Board shall, within eight hours, amend the resolution scheme in accordance with the modifications required. Moreover, if the resolution scheme provides for the exclusion of certain liabilities from *bail-in*⁴⁸ and, therefore, involves an intervention of the *SRF*, the Commission may prohibit or require amendments to the proposed exclusion, setting out adequate reasons based on a violation of the requirements laid down in Article 27 Srm Reg. (concerning the *bail-in* and the discretionary exclusions), and on those laid down in delegated Regulation no.

⁴⁸ It is the case of the so-called discretionary exclusion. Under the demanding circumstances specified in Article 27(5) Srm Reg. the Board can decide to totally or partially exclude some liabilities from the *bail-in* tool. In such cases the level of write-down or conversion not applied to the excluded liabilities is normally transferred to other liabilities (in any case in compliance with the *no creditor worse off principle*, under which no creditor shall incur greater losses than would have been incurred if the entity placed under resolution had been wound up under normal insolvency proceedings). However, if the losses are not passed to other creditors, a contribution from the Fund is admitted under the conditions laid down in the Article.

860/2016 of the European Commission⁴⁹.

Furthermore, it should be considered that the Commission is in any case previously involved in the resolution procedure when the resolution scheme provides the use of the *SRF*. Behind this, lies the assumption that the interventions of the Fund might turn into State aid.

This idea had already been highlighted in 2013, in the European Commission Communication on support measures in favour of banks in the context of the financial crisis, where it is expressly stated that «State aid in the form of interventions by a resolution fund will be assessed under this Communication in order to assess its compatibility with the internal market»⁵⁰. Therefore, notwithstanding the fact that the *SRF* is funded through private resources (*i.e.* contributions of the banking system) and notwithstanding the fact that it is triggered - not by a State, but - by an agency (the Board)⁵¹, its interventions might *de facto* give rise to distortions of competition.

Consequently, it is provided⁵² that if the resolution action involves the granting of State aid pursuant to Article 107 (1) TFEU or, above all, *SRF* aid, the adoption of the resolution scheme cannot take place until the moment as the Commission has adopted a decision concerning the compatibility of such aids with the internal market⁵³. To this purpose, when the Board has the intention to trigger the *SRF*, it shall notify it to the Commission, including in the notification all of the information necessary in order to enable the Commission to assess the compatibility of the use of the Fund with the internal market.

More specifically, the Commission shall evaluate whether the

⁴⁹ It is the delegated Regulation that the Commission issued for the implementation of Article 44(1) *BRRD* and that further specifies the circumstances under which an exclusion of liabilities from *bail-in* is necessary.

⁵⁰ The full text of the Communication can be found at the following web address: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0730\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC0730(01)&from=EN)

⁵¹ It is in fact stated that, even if pursuant to Article 7 *Srm Reg.*, when the resolution procedure concerns non-significant banks the national resolution authorities are those empowered with the adoption of the resolution scheme, the competence is anyway taken up by the Board if the resolution scheme provides for a *SRF* intervention.

⁵² Article 19 *Srm Reg.* («State aid and Fund aid»).

⁵³ It is worth noticing that, differently from what has been said above with regard to the obligation of the Board to transmit the resolution scheme to the Commission, in this specific case the Commission is already involved in a preliminary phase (*i.e.* even before the adoption of the resolution scheme by the Board).

intervention of the Fund is likely to favour the beneficiary or any other enterprise in such way to be incompatible with the internal market: the assessment is carried out through the use of the criteria established for the application of State aid rules as enshrined in Article 107 TFEU.

If the Commission has serious doubts as to the compatibility of the intervention of the *SRF*, it shall open an «in-depth investigation » (see par.19 (3) (3) Srm Reg.), which may be concluded with a positive or negative decision (to be published in the Official Journal of the European Union), or with a decision establishing conditions, commitments or undertakings in respect of the beneficiary. The decision may also lay down obligations on the Board, the national resolution authorities or the beneficiary, including the appointment of a trustee. The Commission can also conduct further investigations when it has serious doubts as to whether its decision is being complied with.

It can be observed that the procedure is structured and complex, at least for the number of subjects involved, so that someone talked about «cumbersome» (BOCCUZZI 2015). However, above all with reference to the cases of intervention of the *SRF*, if it is considered that distortions of competition might be a consequence of its improper use, the involvement of the Commission seems inevitable.

5. Some final remarks. The adoption of the *BRRD*, by harmonising the national legislations, represents a central step in the management of the bank crisis. The Srm Regulation went further: as seen, it added a fundamental element to the Banking Union project.

Of course there are some uncertainties. For example the issue of the sufficiency of the financial means of the *SRF*. Or that of the decision-making process of the resolution procedure (especially when the *SRF* is triggered), which, already particularly structured in theory, might become much more articulated in the concrete experience.

Moreover, as recently pointed out⁵⁴, it will be necessary the setting up of a common backstop to the *SRF* and this could be achieved in the short term through a credit line from the European Stability Mechanism (ESM) to the Single Resolution Fund.

Doubts may also be raised with regard to the attribution of wide, discretionary powers to an agency (the *Single Resolution Board*): as already observed (see paragraph 2) a lot depends on how deep and intense the judicial review on them will be.

Only the experience will allow to solve these doubts, but it is undeniable that the Srm Reg. deserves the credits for having determined in the banking crisis area that transition - that already took place, thanks to the Ssm Reg., with reference to the banking supervision - from a scheme of harmonisation and mere cooperation among authorities to a centralised mechanism.

Above all, as observed (FERRAN 2014), an important transferral of powers from the national to the *supra*-national level took place. Furthermore, although not completely broken, that «perverse tangle» (BOCCUZZI 2015) between banking risk and sovereign risk was at least weakened.

These are progresses that until few years ago were simply unimaginable: that is why, although it may be improved and notwithstanding the weaknesses, the new framework can be considered a step forward, therefore deserving to be warmly welcomed.

Bibliography

BOCCUZZI G., *“L’Unione Bancaria Europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie”*, Bancaria Editrice, 2015;

BUSCH D., *“Governance of the Single Resolution Mechanism”*, in BUSCH D., FERRARINI G. (a cura di), *“European Banking Union”* (2015), New York , Oxford University Press;

FERRAN E., *“European Banking Union: Imperfect, But It Can Work”*, Paper No. 30/2014, University of Cambridge;

GARDELLA A., (2015) *“Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie”*, in BANCA BORSA

⁵⁴ See *“Completing Europe’s Economic and Monetary Union”*, report by JUNCKER J.C., in close cooperation with TUSK D., DIJSSELBLOEM J., DRAGHI M., SCHULZ M., 22 June 2015.

- TITOLI DI CREDITO– Vol. LXVIII, n.5 pages 587-631;
- GROS D., “*Europe’s Ungainly Banking Revolution*”, *CEPS Commentary*, 24 March 2014;
- HUERTAS T., NIETO M.J., “*How much is enough? The case of the Resolution Fund in Europe*”, in *VOX*, 18 March 2014;
- JUNCKER J.C., in close cooperation with TUSK D., DIJSSELBLOEM J., DRAGHI M., SCHULZ M., “*Completing Europe’s Economic and Monetary Union*” 22 June 2015;
- MOSCO G.D., “*I Fondi di risoluzione*”, report at the conference held at LUISS University on 5 December 2016 (Relazione al convegno Luiss del 5 dicembre 2016);
- PELKMAS J., SIMONCINI M., (2014) “*Mellowing Meroni: How ESMA case can Help Build the Single Market*”, in *CEPS Commentary*;
- TRIDIMAS T., (2009) “*Community Agencies, Competition Law, and ECSB Initiatives on Securities, Clearing and Settlement*”, *Yearbook of European Law*, VOL. 28, n. 1;
- ZAVVOS G.S., KALTSOUNI S., (2014) “*The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: legal foundation, governance structure and financing*” in HAENTJENS M.; WESSELS B. (edited by), (2015) “*Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*”, *Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, UK*.



Scelte gestorie e finalità di beneficio comune nel nuovo modello di società benefit

di MARTINA COCCIOLILLO

SOMMARIO 1. LE SOCIETÀ *BENEFIT* TRA TIPI SOCIETARI E FINALITÀ SOCIALE 2.
BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI E DISCREZIONALITÀ DEGLI AMMINISTRATORI 3.
PROFILI DI RESPONSABILITÀ E TUTELA DELL'INTERESSE DI BENEFICIO COMUNE 4.
ALCUNE OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Abstract

Following the entry into force of the Benefit Corporation Legislation in Maryland in 2010 and other U.S. states afterwards, such as California and Delaware, Italy became the first EU legislation to adopt such a regulations with the *Legge di Stabilità 2016*. The article analyses under a comparative perspective the implications the new model may create, by enabling lucrative companies to pursue - by statute - public benefit together with profit, in terms of management discretionary powers and liability for directors of benefit companies

1. Le società benefit tra tipi societari e finalità sociale. La legge di stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208) ha introdotto all'art. 1, commi 376-384, il modello di società a finalità di beneficio comune, c.d. società *benefit*. In parziale continuità con le esperienze d'ibridazione d'impresa già introdotte dal d.lgs. n. 155/2006 in materia di impresa sociale, il legislatore nazionale ha riconosciuto la possibilità per le società lucrative (di persone e di capitali) e mutualistiche¹ di orientare la propria attività economica al perseguimento di finalità di pubblica utilità, senza tuttavia intervenire sul regime applicabile ai vari tipi societari in materia di distribuzione di utili, remunerazione del capitale e degli organi sociali².

Prima di tale intervento normativo, in realtà, questa scelta gestionale non era preclusa alle società lucrative e cooperative. Le prime, infatti, nell'ambito

¹ Nonostante, infatti, l'art. 1, comma 376 della l. n. 208/2015 parli di scopo di «*divisione degli utili*», il riferimento nel successivo comma 377 al titolo VI del Libro V estende anche alle società cooperative la possibilità di accedere a tale nuovo statuto.

² In tema di impresa non speculativa, G. D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, consultato in bozza, in corso di pubblicazione su *Giur. Comm.*

della propria libertà di iniziativa economica e autonomia statutaria, potevano – e possono tutt'ora – puntare alla realizzazione del lucro anche attraverso il perseguimento di interessi esterni³, sociali⁴. Le seconde, d'altro canto, potevano e possono svolgere attività di “mutualità altruistica”, ossia di riconoscimento a terzi non soci del vantaggio mutualistico o lucrativo, attraverso le forme di cooperazione sociale previste dalla l. n. 381 del 1991⁵ e gli obblighi di devoluzione di parte degli utili a fondi mutualistici a norma della l. n. 59/1992.

Tuttavia, la novella legislativa rende tale scelta vincolante nelle società che scelgono statutariamente di essere *benefit*, nel senso che gli amministratori devono perseguire una duplice finalità, lucrativa/mutualistica e di beneficio comune, nella gestione dell'impresa ai sensi dell'art. 2380-*bis* c.c. La nuova disciplina rende, inoltre, entrambi gli scopi come propri della società *benefit*⁶, eliminando il carattere di strumentalità/accessorietà cui i secondi erano

³ In tema di oggetto sociale plurimo, tra gli altri, M. SEPE, *Commento sub art. 2328*, in *Società di capitali. Commentario*, G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), vol. I, Napoli, 2004, p. 48 e M. STELLA RICHTER JR., *L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale*, in *Atti dell'incontro di studio «La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo»* presso l'Università degli Studi Roma Tre, 2017, reperibile su <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/499/496>. Per una ricognizione della dottrina sul tema, S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova qualifica tra profit e non profit*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5/2016, CEDAM, Padova, nt. 62, p. 1011.

⁴ Sotto altro aspetto il d. lgs. n. 155/2006 sulle c.d. imprese sociali ha consentito l'uso dei (sotto)tipi societari di cui al Libro V del codice civile per lo svolgimento di attività di produzione o scambio di beni o servizi di utilità sociale, sostituendo la funzione lucrativa con quella sociale. Cfr. G. MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *Analisi giuridica dell'economica*, 2014, p. 34 e A. MAZZULLO, *Impresa sociale 3.0*, in *Cooperative e enti non profit*, IPSOA, 2014.

⁵ Si noti che l'attività “altruistica” di promozione e integrazione sociale svolta dalle cooperative sociali è stata premiata dal legislatore della riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e del servizio civile universale (legge 6 giugno 2016, n. 106) il cui art. 6, co. 1, lett. c) prevede «l'acquisizione di diritto della qualifica di impresa sociale da parte delle cooperative sociali e dei loro consorzi». Sembrerebbe, dunque che, salvo diversa specificazione nei decreti attuativi, la nuova disciplina permetta a dette forme di cooperazione sociale, già ONLUS di diritto, di accedere ai regimi agevolativi previsti per le imprese sociali senza gli ulteriori (già limitati) adeguamenti richiesti dalla relativa disciplina, ai sensi dell'art. 17, co. 3, del d. lgs. n. 155/2006 (in particolare, predisposizione del bilancio sociale). Tali forme di società cooperative ben potrebbero qualificarsi anche come *benefit*, ma tale scelta potrebbe non essere praticata nel concreto. La disciplina delle società *benefit*, infatti, non è legata all'applicazione di regimi agevolativi o di natura premiale. In secondo luogo, come anticipato, la legge delega per la riforma del Terzo settore sembra non richiedere più alle cooperative sociali la redazione del bilancio sociale, obbligo che invece sussisterebbe laddove decidessero di qualificarsi come società “a beneficio comune”.

⁶ Il comma 376 dell'art. 1, l. 28 dicembre 2015, n. 208 fa, infatti, riferimento a uno scopo *ulteriore* rispetto alla divisione degli utili. Sul punto, S. CORSO, *op. cit.*, p. 1010.

necessariamente confinati in ragione delle finalità proprie dei tipi societari disciplinati nel Libro V⁷ e VI del codice civile.

D'altro canto, il modello si differenzia dall'impresa sociale disciplinata dal d.lgs. n. 155/2006, dalle cooperative sociali di cui alla l. n. 381/1991 e dalle forme associative *non profit*. Nelle società *benefit* non vige, tra l'altro, alcun limite o divieto al perseguimento del lucro (oggettivo) o alla distribuzione degli utili ai soci⁸: in queste, cioè, non è in discussione la distribuzione di utili in forma sia diretta sia indiretta. Lo scopo lucrativo (o mutualistico) non è dunque in alcun modo disatteso e la finalità di beneficio comune si pone a lato di quella propria del tipo societario utilizzato⁹.

La causa tipica ibrida consente, quindi, una gestione "mista": la distribuzione della ricchezza e dei risultati di gestione non deve essere più destinata in via tendenzialmente esclusiva ai soci, dovendo gli amministratori tutelare anche gli interessi di soggetti terzi indicati in statuto, diversi dagli azionisti, in coerenza con le finalità di beneficio comune ivi identificate. A ben vedere, ciò è possibile tanto nelle società lucrative quanto in quelle cooperative, ove il vantaggio mutualistico potrebbe essere ridotto (attraverso minori ristorni o prezzi relativamente più alti dei servizi erogati) in ragione della devoluzione di una parte delle risorse o di una parte delle attività allo scopo di utilità sociale.

Diretta conseguenza dell'ampliamento della finalità sociale è la modifica della *governance* interna, dell'assetto dei poteri, doveri e responsabilità della società e degli amministratori. La mancanza di criteri fissi di valutazione del carattere non speculativo dell'impresa (divieto di lucro soggettivo o soglie lucrative) attribuisce, infatti, maggiore potere decisionale all'organo di gestione,

⁷ Sul punto, tra le altre, Cass., 11 dicembre 2000, n. 155599, in *Foro it.*, c. 1932, ove si ribadisce che «*poiché lo scopo di lucro non comporta che tutti gli utili debbano essere necessariamente distribuiti ai soci o accantonati a riserva, è legittima e non altera la causa societaria la clausola dello statuto secondo cui parte di essi siano destinati a scopi benefici e sempre che tale destinazione, per la sua entità o per altre ragioni, non venga a pregiudicare lo scopo lucrativo perseguito*».

⁸ Si rammenta che nelle imprese sociali e negli enti *non profit* è previsto un divieto assoluto di perseguimento di lucro soggettivo, essendo preclusa la distribuzione di utili e avanzi di gestione, mentre nelle cooperative sociali, cooperative di diritto a mutualità prevalente, la distribuzione di utili è prevista nei limiti di cui all'art. 2514 c.c.

⁹ Per un commento A. RUOTOLO, *Le società benefit*, in *Quotidiano*, IPSOA, 9 maggio 2016.

ponendo nel contempo a suo carico obblighi ulteriori di valutazione e motivazione oltre che di trasparenza delle decisioni aziendali.

È evidente, infatti, che la discrezionalità degli amministratori diventa tanto maggiore quanto più ampi sono gli interessi considerati. Rispetto al funzionamento dei tipi societari “tradizionali”, nelle società *benefit* questi sono tenuti ad assolvere i propri doveri fiduciari secondo criteri più complessi, dovendo necessariamente valutare un numero più alto di possibili alternative gestionali¹⁰, in ossequio alla previsione statutaria che impone di bilanciare l'interesse dei soci con «*l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto*»¹¹.

In concreto, la modifica della clausola sull'oggetto sociale incide sui processi produttivi e sulle scelte strategiche e di *governance*. Se è vero, infatti, che un simile mutamento è possibile anche nelle società non *benefit* che perseguono anche, per autonome scelte imprenditoriali, interessi generali e sociali, in quelle *benefit* la clausola statutaria *obbliga* la società a considerare l'impatto sociale come parte integrante della propria strategia di impresa¹². È dunque in tema di doveri fiduciari e regime di responsabilità degli amministratori che la nuova disciplina può apportare un maggiore cambiamento.

2. Bilanciamento degli interessi e discrezionalità degli amministratori. L'introduzione del modello di società a beneficio comune non impedisce alle società non *benefit* di porre in essere atti e attività che, nel rispetto dello scopo di lucro oggettivo, perseguono anche interessi di categorie di soggetti diversi dagli azionisti. Nondimeno, in mancanza di un vincolo statutario, gli amministratori non hanno l'obbligo di perseguire finalità sociali nell'ambito della propria discrezionalità gestionale. L'organo di amministrazione di società *benefit* ha invece l'obbligo di considerare non più solo criteri di opportunità economica per orientare le proprie scelte di gestione, ma anche

¹⁰ F. DENOZZA, *Bilanciamento degli interessi e discrezionalità degli amministratori*, in L. SACCONI (a cura di), *Guida critica alla Responsabilità sociale e al governo di impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2005, p. 153.

¹¹ Art. 1, comma 377, l. n. 208/2015.

¹² M. STELLA RICHTER JR., *op. cit.*, p. 83.

sociali, con un conseguente ampliamento del proprio campo di valutazione e apprezzamento.

Nella propria attività decisionale, infatti, gli amministratori sono tenuti a operare un contemperamento degli interessi coinvolti – nella specie «*l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle altre categorie coinvolte quali persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni e altri portatori di interesse*»¹³ individuati nei documenti costitutivi¹⁴. Tale bilanciamento presuppone, dunque, la legittimità di quelle decisioni che fanno nel caso concreto prevalere l'uno o l'altro scopo ove non sia possibile perseguire entrambi, con un'evidente estensione dei limiti interni all'agire imprenditoriale. Alla luce della nuova disciplina, infatti, è senza dubbio possibile per gli amministratori sacrificare, in specifiche decisioni o periodi, lo scopo lucrativo a fronte di quello di pubblica utilità. L'art. 1, comma 376, l. n. 208/ 2015, stabilisce infatti che le società *benefit*, «*nell'esercizio di un'attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili perseguono una o più attività di beneficio comune*». Tale disposizione non postula evidentemente la costante prevalenza della finalità di *benefit* e gli amministratori potranno, così, qualora le esigenze del caso concreto lo richiedano, comprimere anche in maniera significativa la redditività a favore delle finalità sociali stabilite in statuto.

Del resto, il legislatore italiano ha operato una specifica scelta terminologica nel richiedere agli amministratori di *bilanciare* gli interessi coinvolti. Tale disposizione, a ben vedere, riecheggia quella contenuta nel codice di Delaware che, a differenza di altre legislazioni statali e dello stesso

¹³ Tali sono i soggetti o gruppi di soggetti «*coinvolti direttamente o indirettamente dall'attività delle società di cui al comma 376, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile*» (art. 1, comma 378, lett. b), l. 28 dicembre 2015, n. 208).

¹⁴ Art. 1, comma 380, primo periodo, l. n. 208/2015. Peraltro, nel silenzio del legislatore, non è escluso che tale obiettivo possa essere realizzato non solo attraverso iniziative collegate all'attività economica propria della società, ma anche mediante donazioni, formalizzate statutariamente, in favore di progetti socialmente rilevanti. In tali casi, il bilanciamento sarebbe "limitato" alla decisione sull'ammontare corrisposto alla finalità di beneficio comune, tenuto conto delle risultanze finanziarie.

*Model Benefit Corporation Legislation*¹⁵ non richiede agli amministratori solamente di “considerare” le diverse istanze in gioco¹⁶, ma appunto di operare un bilanciamento tra i diversi fattori¹⁷.

Anzi, gli stessi *Model Benefit Corporation Legislation* e gli altri codici degli stati federali statunitensi non contengono disposizioni tali da far ritenere prevalente l'interesse lucrativo¹⁸ su quello sociale. Al contrario, proprio il *Model Benefit Corporation Legislation* richiede all'organo di gestione «*not give priority to a particular interest or factor [...] over any other*» (MBCL §301(a)3), salvo diversa previsione statutaria. Anche qualora una priorità fosse prevista statutariamente, questa non potrebbe avere a oggetto il rapporto tra scopo lucrativo e sociale, ma dovrebbe riguardare solo la “graduatoria” di specifici fattori/interessi legati al perseguimento del beneficio comune¹⁹. Gli amministratori potranno, dunque, solamente far prevalere uno specifico fattore

¹⁵ Il *Model Business Corporation Act* rappresenta lo standard di riferimento dell'ordinamento delle società di capitali negli Stati Uniti ed è adottato dal *Committee on Corporate Laws* con il supporto dell'*American Bar Association*. Per le società *benefit*, dal 2013 è stato introdotto un *addendum* a tale codice, il c.d. *Model Benefit Corporation Legislation*.

¹⁶ MODEL BENEFIT CORP. LEGIS. § 301(a): «*In discharging the duties of their respective positions and in considering the best interests of the benefit corporation, the board of directors, committees of the board, and individual directors of a benefit corporation: (1) shall consider the effects of any action or inaction upon: (i) the shareholders of the benefit corporation; (ii) the employees and work force of the benefit corporation, its subsidiaries, and its suppliers; (iii) the interests of customers as beneficiaries of the general public 514 benefit or specific public benefit purposes of the benefit corporation; (iv) community and societal factors, including those of each community in which offices or facilities of the benefit corporation, its subsidiaries, or its suppliers are located; (v) the local and global environment; (vi) the short-term and long-term interests of the benefit corporation, including benefits that may accrue to the benefit corporation from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the benefit corporation; and (vii) the ability of the benefit corporation to accomplish its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose*».

¹⁷ DEL CODE ANN. tit. 8, § 365(a): «*The board of directors shall manage or direct the business and affairs of the public benefit corporation in a manner that balances the pecuniary interests of the stockholders, the best interests of those materially affected by the corporation's conduct, and the specific public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation*». Sulla maggiore forza dell'attività di bilanciamento rispetto a quella di “considerazione” si veda anche J. MURRAY, *Social Enterprise Innovation: Delaware's Public Benefit Corporation Law*, in *Harvard Bus. L. Rev.*, 2014, 4, p. 347-348.

¹⁸ Negli Stati Uniti, a differenza dell'Italia, la disciplina *benefit* si applica solo alle *corporation* e non a tutte le società lucrative.

¹⁹ In base al §301(a)3 del MBCL, infatti, gli amministratori «*need not give priority to a particular interest or factor (...) over any other interest or factor unless the benefit corporation has stated in its articles of incorporation its intention to give priority to certain interests or factors related to the accomplishment of its general public benefit purpose or of a specific public benefit purpose identified in its articles*».

sociale (ad esempio, ambientale) rispetto ad altri di pubblica utilità, ove ciò fosse previsto nei documenti costitutivi.

Sembra dunque possibile sostenere che sia in Italia, sia negli Stati Uniti l'ampiezza delle norme lasci addirittura spazio a una ricostruzione che ammetta la stessa possibilità di sacrificare l'interesse lucrativo in maniera anche sistematica e duratura, purché questo non venga del tutto escluso e ciò sia giustificato dal programma sociale individuato nella relazione annuale che il consiglio di amministrazione ha l'obbligo di redigere e allegare al bilancio di esercizio²⁰. Se così fosse, da una simile peculiare possibilità discenderebbero due diverse conseguenze atte a condizionare l'organizzazione interna della società.

Da un lato, sarebbe rimesso alle regole statutarie l'eventuale individuazione e predisposizione di canoni, parametri e procedure tali da permettere il bilanciamento richiesto²¹. Le società *benefit* potrebbero, a esempio, dotarsi di regole/principi valutativi per le scelte degli amministratori, anche tenendo conto dello *standard* di valutazione esterno²², cui necessariamente gli organi sociali devono fare riferimento nella predisposizione della relazione sociale annuale. Così, potrebbero essere considerate determinate politiche aziendali: il miglioramento ambientale generato, la partecipazione dei lavoratori al governo di impresa o il grado di interazione con i fornitori lungo la catena di fornitura²³.

²⁰ L'art. 1, comma 382 della l. n. 208/2015 nello specifico richiede che la relazione contenga non solo la descrizione di obiettivi, modalità e azioni attuate dagli amministratori per il perseguimento del beneficio comune e la valutazione dell'impatto sociale generato, ma anche «una sezione dedicata alla descrizione dei nuovi obiettivi che la società intende perseguire nell'esercizio successivo».

²¹ Sul punto si veda anche G. RIOLFO, *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa (parte prima)*, in *Studium iuris*, n. 6/2016, p. 727.

²² Si tratta di un modello di valutazione che deve essere sviluppato da un ente non controllato dalla società *benefit* o collegato con la stessa, richiesto dalla l. n. 208/2015 al fine di «valutare l'impatto della società e delle sue azioni nel perseguire la finalità di beneficio comune nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni e altri portatori di interesse» (allegato n. 4, lett. n. 1, l. n. 208/2015).

²³ L'allegato 5 alla l. n. 208/2015 prevede specificatamente quattro aree di valutazione che lo *standard* esterno deve considerare: 1) governo di impresa; 2) lavoratori; 3) altri portatori di interesse; 4) ambiente.

Dall'altro, sarebbe cura degli stessi amministratori dare contezza delle decisioni prese e delle motivazioni sottese al bilanciamento realizzato, indicando gli interessi che di volta in volta hanno influito sulle scelte e la ragioni sulla cui base le stesse sono state adottate. Valutazioni che richiedono, inoltre, un'analisi da parte del consiglio di amministrazione – e ancor prima di questo dei consiglieri delegati – dell'incidenza che le *policy* socio-aziendali possono avere sui processi produttivi, sui contratti di fornitura, sugli investimenti e sugli effetti prevedibili di breve e medio-lungo termine, nonché sulla *performance* finanziaria e non della società. Attività che potrebbero essere realizzate anche attraverso il supporto di un soggetto responsabile del perseguimento del beneficio comune, obbligatorio in Italia e solo facoltativo negli Stati Uniti, secondo la maggior parte dei codici statali²⁴. Nel silenzio della legge, a tale soggetto – membro del consiglio, responsabile di specifiche funzioni aziendali interne o figura esterna alla società²⁵ - potrebbero essere attribuite sia funzioni di mero controllo e vigilanza, sia compiti operativi²⁶.

3. Profili di responsabilità e tutela dell'interesse di beneficio comune. L'inosservanza degli obblighi di bilanciamento degli interessi, dei soci e di terzi beneficiari, costituisce inadempimento dei doveri degli amministratori «secondo le norme previste dal codice civile per le società di persone, capitali e cooperative»²⁷. Il richiamo alle azioni di responsabilità codicistiche previste per ciascun tipo societario, operato dall'art. 1, comma 381, l. n. 208/2015,

²⁴ Si noti che il *Model Benefit Corporation Legislation* richiede la presenza di un consigliere *benefit* all'interno del CdA solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio «The board of directors of a benefit corporation that is a publicly traded corporation shall, and the board of any other benefit corporation may include a director, who shall be designated the benefit director» (§302 MBCL). Differentemente, i codici della California e di Delaware nulla stabiliscono al riguardo, lasciando all'autonomia statutaria la scelta di introdurre una simile previsione.

²⁵ ASSONIME, *La disciplina delle società benefit*, circolare n. 19 del 20 giugno 2016, p. 23-24.

²⁶ In particolare, potrebbe essere riconosciuta la possibilità per il soggetto di chiedere la convocazione del consiglio di amministrazione per esporre eventuali mancati adempimenti da parte degli organi delegati riscontrati nello svolgimento delle proprie funzioni nonché ricevere delega alla gestione dell'opera sociale o la predisposizione del bilancio sociale (della cui redazione rimane comunque responsabile il consiglio).

²⁷ Art. 1, comma 381, l. n. 208/2015.

escluderebbe dunque l'esistenza di doveri fiduciari degli amministratori nei confronti dei beneficiari dello scopo di pubblica utilità stabilito in statuto.

Nonostante l'inclusione dell'ulteriore finalità *benefit* nella clausola sull'oggetto sociale, infatti, la previsione statutaria non appare idonea a far sorgere obblighi nei confronti di soggetti diversi dai soci. Il contratto sociale, cioè, crea un vincolo da parte della società e del suo organo di gestione solo nei confronti dei suoi sottoscrittori²⁸. Sicché, se da un lato è vero che l'oggetto dell'azione di responsabilità si "amplia", potendo questa essere esperita (anche) per inadempimento o conflitto di interessi in relazione alla finalità *benefit*, dall'altro una simile azione resta comunque prerogativa dei soli soci.

L'indicazione in statuto di soggetti terzi beneficiari, richiesta dalla l. n. 208/2015, non crea dunque alcuna legittimazione speciale per questi ad agire in caso di mancato (o incompleto) perseguimento del beneficio individuato (si pensi al caso di mancata donazione o mancata realizzazione delle opere previste a loro beneficio). Questi potranno ottenere risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2395 c.c. (e dell'art. 2476, co. 6, c.c.), qualora provino la condotta colposa o dannosa e il nesso di causalità con il pregiudizio diretto subito. Potranno altresì agire ricorrendo all'azione prevista all'art. 2043 c.c., ma sempre per fatti dolosi o colposi degli amministratori. Entrambe le azioni, tuttavia, presentano un regime probatorio più oneroso per la parte attrice. A oggi, del resto, l'azione di cui all'art. 2395 c.c. è stata scarsamente utilizzata, ma non è escluso che le modifiche richieste allo statuto dalla disciplina *benefit* – indicazione della finalità di beneficio comune nell'oggetto sociale e terzi beneficiari dell'attività - possano dare forza espansiva a tale strumento²⁹. Peraltro, il richiamo operato dalla disciplina codicistica in materia di azioni di responsabilità per danno diretto a soci e terzi comunque riconosce a questi ultimi la facoltà di agire per ottenere il risarcimento danni per equivalente.

Negli Stati Uniti, invece, il MBCL e i codici degli stati federali hanno introdotto una specifica azione giudiziaria in caso di mancato perseguimento

²⁸ ASSONIME, *cit.*, p. 27.

²⁹ G. RIOLFO, *op. cit.*, p. 730.

dell'interesse *benefit*, il c.d. *benefit enforcement proceeding*. Azione che permette di agire nei confronti degli amministratori e della società per lamentare il mancato o erroneo perseguimento della finalità di beneficio comune indicata in statuto e ottenere quindi l'esecuzione in forma specifica della relativa prestazione³⁰. All'esperimento di tale azione, tuttavia, sono legittimati *ex lege* solo la società, i soci (peraltro titolari di partecipazioni, dal 2% al 5%³¹) e gli amministratori (Cal. Corp. Code §14623(b)(B)³²). Solo taluni codici (Cal. Corporations Code³³ e Nevada NRS³⁴, ma non quello di Delaware e del Minnesota³⁵) riconoscono la possibilità di legittimare statutariamente anche categorie di terzi esterni alla compagine sociale.

Sotto un diverso profilo, la discrezionalità gestoria del bilanciamento riconosciuta agli amministratori mette al riparo questi ultimi dalle azioni di responsabilità, anche della minoranza, intentabili per una eventuale mancata massimizzazione dei profitti. L'eventuale minore risultato economico conseguito

³⁰ MODEL BENEFIT CORP. LEGIS 305(a). Per un commento, B. CUMMINGS, *Benefit Corporations: how to enforce a mandate to promote the public interest*, 112 *Colum. L. Rev.* 578, 593 (2012) ma anche K. E. KHATIB, *The harms of the benefit corporation*, 65 *Am. U. L. Rev.* 151 (2015-2016), p. 170. In chiave critica D. BRAKMAN REISER, *Benefit Corporations-A Sustainable Form of Organization?*, 46 *Wake Forest L. Rev.* 591, 593 (2011)..

³¹ DEL. GEN. CORP. LAW, Title 8, Subch. XV, § 367: «*Stockholders of a public benefit corporation owning individually or collectively, as of the date of instituting such derivative suit, at least 2% of the corporation's outstanding shares or, in the case of a corporation with shares listed on a national securities exchange, the lesser of such percentage or shares of at least \$2,000,000 in market value, may maintain a derivative lawsuit to enforce the requirements set forth in § 365(a) of this title*».

³² CAL. CORP. CODE §14623(b): «*(b) A benefit enforcement proceeding may be commenced or maintained only as follows:(1) Directly by the benefit corporation.(2) Derivatively by any of the following: (A) A shareholder.(B) A director. (C) A person or group of persons that owns beneficially or of record 5 percent or more of the equity interests in an entity of which the benefit corporation is a subsidiary. (D) Other persons as have been specified in the articles or bylaws of the benefit corporation*».

³³ CAL. CORP. CODE §14623(a)(D): «*A benefit enforcement proceeding may be commenced or maintained only as follows: [...] (D) Other persons as have been specified in the articles or bylaws of the benefit corporation*».

³⁴ NEVADA NRS 78B.190(2)(b)(4): «*A benefit enforcement proceeding may be commenced or maintained only: [...] (4) Any other person authorized in the articles of incorporation or bylaws of the benefit corporation to commence and maintain a benefit enforcement proceeding*».

³⁵ MINNESOTA STATUTES, §304A.202(1): «*(a) No person other than a shareholder may assert a claim under this chapter or chapter 302A against a public benefit corporation, its directors, or its officers on account of the public benefit corporation's director's or officer's failure to pursue or create general public benefit or a specific public benefit. (b) A public benefit corporation is not liable for monetary damages under this chapter for any failure of the public benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit*».

a seguito di scelte gestionali ispirate alla nuova ponderazione di interessi non può essere, infatti, *di per sé* contestato in sede giudiziaria in virtù dell'azione ex art. 2393 (e art. 2393-bis) c.c. Le scelte potranno essere contestate solo qualora non siano state prese in maniera «*responsabile, sostenibile e trasparente*»³⁶ e abbiano posto in essere operazioni prevedibilmente imprudenti, ingiustificate o sproporzionate³⁷.

Per altro verso, volendo applicare il dettato dell'art. 2391 c.c. alla nuova disciplina delle *benefit* potranno essere oggetto di contestazione le decisioni prese in conflitto di interesse, qualora taluno degli amministratori abbia interesse proprio o di altri in una determinata operazione, anche per conto del particolare gruppo di *stakeholder* beneficiari dell'attività, ove tale interesse non sia comunicato o la decisione non sia giustificata alla luce del vantaggio realizzato per la società. In questo caso, tuttavia, le valutazioni non dovrebbero essere dedotte solo osservando il mero "vantaggio economico", ma soppesando anche quelli del ramo *benefit*, tenuto conto delle finalità della società³⁸. Risultati complessivi sui quali il consiglio di amministrazione ben potrebbe più agevolmente motivare le proprie scelte, anche in presenza di un conflitto di interesse di uno dei propri membri detenuto per conto di terzi beneficiari, qualora l'operazione rispondesse alle finalità *benefit* previste in statuto e indicate nella relazione programmatica annuale della società.

La combinazione delle disposizioni contenute nella nuova disciplina con l'impianto codicistico previsto per le società non sembra dunque rendere più oneroso il regime di responsabilità previsto per gli amministratori. Al contrario, lo "sdoppiamento" delle finalità sociali pare aumentarne la discrezionalità gestionale, perché a questo non segue un ampliamento dei doveri fiduciari o la predisposizione di efficaci sistemi di *accountability* nei confronti dei terzi esterni alla compagine sociale.

³⁶ Art. 1, comma 376, l. n. 208/2015.

³⁷ A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2003, p. 185.

³⁸ Sul punto anche S. CORSO, *op. cit.*, p. 1019.

Considerazioni simili, del resto, sono già state formulate negli Stati Uniti dove, all'indomani dell'introduzione della disciplina sulle *benefit corporation*, non si è mancato di notare come l'ampia discrezionalità riconosciuta dalla nuova causa sociale, unita ai tradizionali canoni della *business judgement rule* possa di fatto acuire, proprio in queste forme societarie, comportamenti opportunistici dei *manager*³⁹. Tanto il MBCL quanto i codici degli stati federali, infatti, specificatamente escludono, salvo se diversamente stabilito in statuto, la responsabilità della società e degli amministratori per la mancata realizzazione dello scopo lucrativo se la condotta dei membri del *board* soddisfa i tradizionali parametri di valutazione del *duty of loyalty* e *duty of care*. Una precisazione che conferma di fatto la piena applicazione della *business judgement rule*. La stessa legge del Delaware ritiene soddisfatto il dovere gestorio se la decisione presa «*is both informed and disinterested and not such that no person of ordinary, sound judgment would approve*» (Del Code Ann. § 565(b)). Fermi i limiti generali di diligenza, buona fede e informazione nei confronti dei soci e della società, sembra quindi possibile affermare che gli amministratori vedono ampliato il proprio raggio di azione e valutazione.

4. Alcune osservazioni conclusive. È evidente che il modello *benefit*, tanto in Italia quanto negli Stati Uniti, rappresenta un superamento della tradizionale visione di una fondante auto-destinazione dei risultati economici nelle società lucrative. La nuova disciplina non supera però completamente il problema dell'inesistenza di efficaci meccanismi di tutela degli interessi dei soggetti esterni beneficiari dell'attività *benefit*. Se è vero, infatti, che la legge introduce nuovi obblighi di bilanciamento e trasparenza delle attività non finanziarie e riconosce agli amministratori maggiore protezione da azioni intentate in caso di mancata massimizzazione dei proventi, la disciplina non assicura che questi, nella propria discrezionalità professionale, considerino adeguatamente le finalità sociali indicate in statuto.

³⁹ J. R. DESJARDINS-J. J. MCCALL, *The purpose of the corporation*, in *Contemporary Issues in Business Ethics*, Cengage, Stamford, 2014, p. 107.

Mancano, cioè, gli strumenti giuridici atti a tutelare nel tempo gli interessi dei soggetti terzi destinatari delle attività di beneficio comune. In tema di azioni giudiziarie, come accennato, queste scontano in Italia il più gravoso regime di prova previsto dagli artt. 2393 e 2043 c.c., mentre negli Stati Uniti il *benefit enforcement proceeding*, di natura non risarcitoria, difficilmente potrà essere esperito dai soggetti terzi, la cui legittimazione ad agire è soggetta a scelte di *opt-in* statutarie sottoposte all'approvazione di maggioranze qualificate in assemblea. Per quanto riguarda la trasparenza informativa, salvo che non si tratti di società di capitali⁴⁰, in Italia la pubblicazione della relazione *benefit* assieme al bilancio d'esercizio non garantisce informativa ai terzi non soci. Come negli Stati Uniti, infatti, la pubblicazione sul sito *internet*, idonea a raggiungere il pubblico dei beneficiari, non è richiesta obbligatoriamente, ma solo dove il sito sia esistente. Così, in entrambi gli ordinamenti potrebbe risultare senza efficacia la previsione in materia di *disclosure*, almeno nelle società non quotate o di dimensioni ridotte.

Una maggiore tutela, forse, potrebbe essere assicurata se si riconoscesse una specifica rappresentanza degli interessi dei terzi in seno al consiglio di amministrazione, su indicazione dei beneficiari esterni. Un'ipotesi già prospettata in passato, attraverso proposte volte ad assicurare la nomina di membri indipendenti in consiglio, la cui correttezza professionale risponda a codici di condotta redatti da terze associazioni⁴¹. Membri ai quali, gli stessi gruppi beneficiari delle attività *benefit* potrebbero rivolgersi qualora il consiglio di amministrazione non si attenesse alle finalità dichiarate, non diversamente

⁴⁰ La disciplina prevista dall'art. 1, comma 382, l. n. 208/2015 richiede che la relazione annuale sia allegata al bilancio di esercizio, similmente a quanto già previsto per la relazione sulla gestione ex art. 2428 c.c. Nel silenzio della norma, inoltre, si può ipotizzare che tale relazione, non costituisca, come quella sulla gestione, parte integrante del bilancio, bensì un documento autonomo non soggetto ad approvazione da parte dell'assemblea. Nei casi di deposito obbligatorio del bilancio, la sua mancata allegazione dovrebbe comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative previste per l'omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi ex art. 2630 c.c. Sul punto L. VENTURA, *Benefit Corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contratto e impresa*, n. 4-5/2016, nt. 120, p. 1159.

⁴¹ Sul punto L. SACCONI, *CSR, verso un modello allargato di corporate governance*, in L. SACCONI (a cura di), in *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo di impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2005, p. 133.

da quanto è stato previsto per dare *voice* agli azionisti di minoranza. Il rischio, altrimenti, sarebbe quello di ridurre il modello *benefit* a mera duplicazione di esperienze già note, quali quelle di CSR (*Corporate Social Responsibility*), imprese socialmente responsabili che operano nel rispetto di parametri etico-sociali, non necessariamente comportanti modifiche strutturali in termini di strategie aziendale e organizzazione interna⁴².

Le imprese *benefit* possono invece divenire *target* per certe tipologie di investitori (fondi etici, specifici fondi di *private equity* che operano secondo le logiche dell'*impact investing*) i quali fondano le proprie scelte in ragione della presenza di clausole statutarie che garantiscono un esercizio socialmente orientato dell'attività e che potrebbero assumere partecipazioni tali da garantire, anche congiuntamente, una voce in capitolo nel governo dell'impresa. Secondo questo schema, però, l'interesse *benefit* verrebbe a essere tutelato in ragione di logiche di controllo interno e non esterno e nel quale non sono, di fatto, i vincoli previsti nello statuto a indirizzare l'operato degli amministratori, ma la presenza, internamente, di una minoranza di azionisti interessata anche ai rendimenti non finanziari. Una soluzione che può funzionare ma che non apre la strada a nuove logiche di *governance* integrata e di interazione tra diversi portatori di interesse, anche non soci.

Riferimenti bibliografici

S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova qualifica tra profit e non profit*, in *Le nuove leggi civili commentate*, CEDAM, Bologna, 2016

B. CUMMINGS, *Benefit Corporations: how to enforce a mandate to promote the public interest*, 112 *Colum. L. Rev.* 2012

A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003

⁴² S. SCARPONI, *La "privatizzazione" delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2009, p. 407 ss. L'A. evidenzia, inoltre, come i sistemi di certificazione etica maggiormente rigorosi, caratterizzati da indagini periodiche sullo stato di adempimento ai relativi principi (quali il SA8000 rivolto alla fissazione di *standard* di tutela dei diritti dei lavoratori lungo tutta la catena della fornitura) siano difficilmente accettati dalle imprese salvo scarse e lodevoli eccezioni. Sottolinea, altresì, come la proliferazione di *standard* internazionali e *best practice* di settore e la molteplicità di codici di condotta proposti da enti e organismi internazionali abbia aumentato l'incertezza sul contenuto tipico della CSR e la difficoltà di un suo apprezzamento su un piano oggettivo.

- F. DENOZZA, *Bilanciamento degli interessi e discrezionalità degli amministratori*, in L. SACCONI (a cura di), *Guida critica alla Responsabilità sociale e al governo di impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2005
- J. R. DESJARDINS-J. J. MCCALL, *The purpose of the corporation*, in *Contemporary Issues in Business Ethics*, Cengage, Stamford, 2014
- K. E. KHATIB, *The harms of the benefit corporation*, 65 *Am. U. L. Rev.* 151 2015-2016
- G. MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *Analisi giuridica dell'economica*, vol. I, 2014
- A. MAZZULLO, *Impresa sociale 3.0*, in *Cooperative e enti non profit*, IPSOA, 2014
- G. D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, in corso di pubblicazione su *Giur. Comm.*
- J. MURRAY, *Social Enterprise Innovation: Delaware's Public Benefit Corporation Law*, in *Harvard Bus. L. Rev.*, 2014
- G. RIOLFO, *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa (parte prima)*, in *Studium iuris*, 2016
- G. RIOLFO, *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa (parte seconda)*, in *Studium iuris*, 2016
- A. RUOTOLO, *Le società benefit*, in *Quotidiano*, IPSOA, 9 maggio 2016
- L. SACCONI, *CSR, verso un modello allargato di corporate governance*, in L. SACCONI (a cura di), in *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo di impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2005
- S. SCARPONI, *La "privatizzazione" delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e diritto*, 2009
- M. SEPE, *Commento sub art. 2328*, in *Società di capitali. Commentario*, G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), vol. I, Jovene, Napoli, 2004
- M. STELLA RICHTER JR., *L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale*, in *Atti dell'incontro di studio «La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo»*, 2017
- L. VENTURA, *Benefit Corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contratto e impresa*, 2016

Schede e attualità



Paesi “black list”: evoluzione della normativa fiscale alla luce delle più recenti modifiche

di FRANCESCA GAGLIARDI

La normativa italiana in materia di paesi a fiscalità privilegiata è stata, nel corso degli ultimi anni, soggetta a costanti modifiche che l'hanno rivoluzionata sotto più profili.

Nel tentativo di semplificare tale, complessa, tematica si può asserire che le principali questioni riguardanti i suddetti Paesi sono racchiuse nella disciplina di tre liste, conosciute con il nome di *black list*. Tali *black list* contengono un elenco di Stati che godono di un regime impositivo privilegiato, consistente in un prelievo fiscale molto ridotto, talvolta anche inesistente, ed uno scambio di informazioni finanziarie con il nostro Paese spesso inadeguato.

Prima che intervenissero svariate modifiche legislative a partire dal 2015, le *black list* erano tre:

- la *black list* che indica i Paesi con regime impositivo privilegiato ai fini della determinazione della residenza fiscale delle persone fisiche (art. 2, comma 2-bis, D.P.R. 917/1986, T.U.I.R.);
- la *black list* dei paradisi fiscali per quanto concerne le c.d. *Controlled Foreign Companies* (art. 167 T.U.I.R.);
- la *black list* contenente i Paesi paradisiaci ai fini della indeducibilità dei costi sostenuti dalle imprese nazionali (art. 110, commi 10 e 11, del T.U.I.R.).

Esaurite tali premesse, è opportuno puntualizzare che la prima tipologia di *black list* ivi contemplata non sarà oggetto di analisi in questa trattazione in quanto è rimasta sostanzialmente invariata nel tempo, al contrario delle altre due, le quali sono state interessate da diverse modifiche sino alla loro, recente, abolizione.

I Paesi *black list* in base alla normativa CFC

La normativa in questione è dettata dall'art. 167 del T.U.I.R.¹ e la *ratio* di tale disposizione è evitare che vengano posti in essere schemi societari fittizi, attraverso la costituzione di società CFC, al fine di delocalizzare abusivamente utili prodotti nel nostro Paese per sottoporli a tassazione più favorevole.

¹ “Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (di cui al comma 4, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni), i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tale disposizione si applica anche per le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati”.

Il comma 4 del citato articolo 167, nella sua originaria formulazione in vigore sino al 31 dicembre 2014, individuava i Paesi a fiscalità privilegiata in base:

- al livello di tassazione nettamente inferiore a quello previsto in Italia;
- all'assenza di un adeguato scambio d'informazioni;
- ad altri criteri equivalenti.

La legge di Stabilità del 2015 (L. 23 dicembre 2014 n. 190) ha apportato modifiche significative alla disciplina previgente, a decorrere dal periodo d'imposta 2015.

L'innovazione più significativa consiste certamente nella puntualizzazione del concetto di "livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia", introdotta modificando il comma 4 dell'art. 167². Un Paese viene considerato ascrivibile alla *black list* se il livello impositivo ivi applicato è inferiore al 50% rispetto a quello applicato in Italia. La medesima disposizione che introduce tale chiarimento, specifica poi che il criterio della tassazione inferiore al 50% è da valutarsi in base al caso concreto, anche quando si applichi un regime impositivo speciale, in deroga a quello ordinario.

Per quanto concerne gli altri due criteri preesistenti – la mancanza di un adeguato scambio d'informazioni od altri criteri equivalenti – nulla è stato mutato dalla Legge di Stabilità del 2015.

In attuazione del comma 680 dell'art. 1 della ridetta Legge, viene emanato anche il D.M. 30 marzo 2015, che elimina dalla esistente *black list* le Filippine, la Malesia e Singapore³. Con la medesima norma viene, inoltre, abrogato l'art. 3 del D.M. 21 novembre 2001⁴.

² L. Stabilità 2015, art. 1, comma 680: "Si considera livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Si considerano in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia, ancorche' previsti da Stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate viene fornito un elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014".

³ La *ratio* di una tale modifica risiede nel fatto che tali Paesi, oltre ad aver sottoscritto con l'Italia un accordo sullo scambio d'informazioni, applicano un complessivo regime impositivo non inferiore al 50% rispetto a quello italiano. Difatti, la *corporate tax* nelle Filippine è pari al 30%, in Malesia al 25% e a Singapore al 17%.

⁴ L'art. 3, del D.M. 21 novembre 2001, disponeva: "Le disposizioni indicate nell'art. 1 si applicano ai seguenti Stati e territori limitatamente ai soggetti e alle attività per ciascuno di essi indicate:

1) Angola, con riferimento alle società petrolifere che hanno ottenuto l'esenzione dall'Oil Income Tax, alle società che godono di esenzioni o riduzioni d'imposta in settori fondamentali dell'economia angolana e per gli investimenti previsti dal Foreign Investment Code;

2) Antigua, con riferimento alle international business companies, esercenti le loro attività al di fuori del territorio di Antigua, quali quelle di cui all'International Business Corporation Act, n. 28 del 1982 e successive modifiche e integrazioni, nonché con riferimento

La legge di Stabilità del 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208) ha introdotto una nuova modifica all'art. 167 del T.U.I.R..

In prima analisi, la novità più evidente consiste nell'eliminazione di qualsiasi riferimento allo scambio di informazioni quale criterio per escludere un Paese dalla *black list*: "i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia"⁵.

Un'altra, rivoluzionaria, novità della Legge di Stabilità 2016 è la cancellazione del Decreto Ministeriale in cui venivano elencati i Paesi a fiscalità privilegiata. Con l'eliminazione di tale lista nominativa, l'individuazione dei Paesi *black list* è basata esclusivamente sulla valutazione del livello di tassazione dello Stato estero se inferiore al 50% rispetto a quella italiana.

La valutazione dello *status* di paradiso fiscale spetta dunque, di volta in volta, al contribuente. E', a tal fine, importante sottolineare come il livello di tassazione da prendere in considerazione sia quello nominale dello Stato estero e non quello effettivo.

alle società che producono prodotti autorizzati, quali quelli di cui alla locale legge n. 18 del 1975 e successive modifiche e integrazioni;

3) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

4) Costa Rica, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, nonché con riferimento alle società esercenti attività ad alta tecnologia;

5) Dominica, con riferimento alle international companies esercenti l'attività all'estero;

6) Ecuador, con riferimento alle società operanti nelle Free Trade Zones che beneficiano dell'esenzione dalle imposte sui redditi;

7) Giamaica, con riferimento alle società di produzione per l'esportazione che usufruiscono dei benefici fiscali dell'Export Industry Encourage Act e alle società localizzate nei territori individuati dal Jamaica Export Free Zone Act;

8) Kenia, con riferimento alle società insediate nelle Export Processing Zones;

9) (numero abrogato dall'art. 1 decreto 16 dicembre 2014);

10) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

11) Mauritius, con riferimento alle società "certificate" che si occupano di servizi all'export, espansione industriale, gestione turistica, costruzioni industriali e cliniche e che sono soggette a Corporate Tax in misura ridotta, alle Off-shore Companies e alle International Companies;

12) Portorico, con riferimento alle società esercenti attività bancarie ed alle società previste dal Puerto Rico Tax Incentives Act del 1988 o dal Puerto Rico Tourist Development Act del 1993;

13) Panama, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, secondo la legislazione di Panama, alle società situate nella Colon Free Zone e alle società operanti nelle Export Processing Zones;

14) Svizzera, con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società holding, ausiliarie e "di domicilio";

15) Uruguay, con riferimento alle società esercenti attività bancarie e alle holding che esercitano esclusivamente attività off-shore.

2. Le disposizioni del comma 1 si applicano, altresì, ai soggetti ed alle attività insediati negli Stati di cui al medesimo comma che usufruiscono di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli ivi indicati, in virtù di accordi o provvedimenti dell'amministrazione finanziaria dei medesimi Stati. Il presente decreto sarà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana".

⁵ Nuovo comma 4 dell'art. 167 T.U.I.R..

Tale scelta del legislatore appare criticabile sotto più profili. Difatti, è fin troppo evidente come la tassazione nominale ed il prelievo fiscale effettivo siano, spesso, molto distanti fra loro.

La valutazione e la classificazione di un Paese come paradisiaco sulla base di un'aliquota risulta essere poco incisiva e, soprattutto, poco ancorata alla realtà effettiva della tassazione dello Stato in esame. La misura del prelievo fiscale, difatti, è data da numerose variabili che agiscono sulla determinazione della base imponibile⁶ e sul calcolo dell'imposta definitiva⁷.

Una tale disposizione sembra essere altresì contraria alle indicazioni fornite dall'OCSE ai paragrafi 63 e 65 dell'*Action 3* del progetto BEPS⁸, nei quali viene chiaramente favorita una valutazione alla luce del livello di tassazione effettivo e non nominale.

A sostegno di quanto detto in precedenza, l'aliquota d'imposta indicata potrebbe non rappresentare affatto un indicatore dell'effettivo carico fiscale sostenuto, così come asserito dall'OCSE nel *report* finale dell'*Action 3*. Ivi si legge che lo Stato estero potrebbe porre in essere diversi comportamenti al fine di ridurre il carico fiscale complessivo, quali, per esempio, la riduzione della base imponibile su cui l'aliquota viene calcolata provvedendo al rimborso dell'imposta applicata o omettendo totalmente ogni tipo d'imposizione teoricamente prevista.

Tale scelta operata dal legislatore è altresì criticabile perché si pone in contrasto con quanto disposto per l'eventuale applicazione della disciplina CFC ai c.d. Paesi *white list* o a quelli aderenti allo Spazio economico europeo di cui all'art. 167, comma 8-bis⁹ per i quali, invece, è prevista una valutazione alla luce della tassazione effettiva.

⁶ Si veda, per esempio, la normativa italiana in materia di *Patent Box*.

⁷ Per esempio, un dato altamente incisivo sul calcolo dell'imposta definitiva sono le detrazioni d'imposta.

⁸ Il Paragrafo 63 recita "*Tax rate exemptions require that the rate at which the CFC was taxed be below a given benchmark. Tax rate exemptions apply one of two benchmarks. They either compare the tax rate in the CFC jurisdiction to a particular fixed rate that is considered low-tax or they compare the tax rate in the CFC jurisdiction to a portion or percentage of the parent country's own rate. Both approaches are equally relevant within the context of designing rules to combat BEPS as both recognize that the incentive to shift profits will be greater where there is a significant differential between effective tax rates.*"

Il Paragrafo 65 recita "*Once the benchmark has been set, CFC rules must determine the tax rate in the CFC jurisdiction in order to compare this to the benchmark. Current CFC rules do this in one of two ways. They either compare the benchmark to: (i) the nominal (or statutory) tax rate in the CFC jurisdiction; or (ii) the effective tax rate of the CFC. Although using the statutory tax rate may reduce administrative complexity and compliance costs, the recommendation is to use the effective rate. This latter approach takes into account the tax base or other tax provisions that may increase or reduce the effective rate paid by the CFC and therefore is likely to create a much more accurate comparison than focusing on the statutory tax rate. Using the effective*

tax rate, however, means that whether the tax rate exemption has been met must be determined in two steps. First, there must be a calculation of the effective tax rate, which requires determining both how much tax the CFC paid and how much income the CFC earned. Second, the effective tax rate must be compared to the benchmark".

⁹ "8-bis. La disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in stati o territori diversi da quelli

I Paesi *black list* in base alla normativa sull'indeducibilità dei costi

Nell'arco di meno di due anni, si sono susseguite modifiche che hanno totalmente rivoluzionato l'intera disciplina, sino a portare all'abrogazione della lista contenente i Paesi a fiscalità privilegiata sulla base della normativa sull'indeducibilità dei costi.

La disposizione originaria era contenuta nell'art. 110 del T.U.I.R., al comma 10¹⁰, e stabiliva che fosse applicabile la normativa in materia di deducibilità dei costi solo se il soggetto residente fosse stato in grado di dimostrare preventivamente tramite interpello all'Amministrazione Finanziaria ovvero in sede di controllo, entro 90 giorni dalla ricezione dell'apposito avviso, almeno una delle esimenti di cui al comma 11:

- l'effettività dell'esercizio dell'attività commerciale da parte del fornitore estero;
- il reale interesse economico sotteso all'operazione commerciale posta in essere.

Entrambe le esimenti dovevano essere accompagnate dalla prova della concreta esecuzione dell'operazione. D.M. 23 gennaio 2002 del Ministero dell'Economia e delle Finanze provvedeva ad individuare i Paesi *black list* sulla base di alcuni criteri:

- il livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia;
- la mancanza di un adeguato scambio d'informazioni;
- altri criteri equivalenti.

Il ridetto D.M., rubricato: "indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese domiciliate in Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato", era composto da tre articoli:

ivi richiamati (o in Stati appartenenti all'Unione europea ovvero a quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni), qualora ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a piu' della meta' di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia;

b) hanno conseguito proventi derivanti per piu' del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari.

Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono indicati i criteri per determinare con modalità semplificate l'effettivo livello di tassazione di cui alla precedente lettera a), tra cui quello dell'irrelevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile".

¹⁰ Non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis. Tale deduzione e' ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto.

- l'art. 1 individuava gli Stati e i territori a fiscalità privilegiata;
- l'art. 2 elencava gli Stati per i quali la disciplina trovava applicazione con esclusione di alcune tipologie societarie;
- l'art. 3 elencava gli Stati annoverati nella *black list* limitatamente ad alcune tipologie societarie ovvero a soggetti ammessi a godere di un regime fiscale simile¹¹.

La prima, rilevante, modifica apportata all'art. 110 del T.U.I.R. è avvenuta con la Legge di Stabilità 2015 (L. 23 dicembre 2014, n. 190). Difatti, il comma 678 dell'art. 1 della ridetta Legge ha stabilito che, l'unico criterio rilevante ai fini della qualificazione di un Paese come *black list*, risiede nella mancanza di un adeguato scambio d'informazioni con il nostro Paese. Una tale modifica ha eliminato, con un colpo di spugna, i due precedenti requisiti del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia e la categoria dei criteri equivalenti.

¹¹ "1. Le disposizioni indicate nell'art. 1 si applicano ai seguenti Stati e territori limitatamente ai soggetti e alle attività per ciascuno di essi indicate:

1) Angola, con riferimento alle società petrolifere che hanno ottenuto l'esenzione dall'Oil Income Tax, alle società che godono di esenzioni o riduzioni d'imposta in settori fondamentali dell'economia angolana e per gli investimenti previsti dal Foreign Investment Code;

2) Antigua, con riferimento alle international business companies, esercenti le loro attività al di fuori del territorio di Antigua, quali quelle di cui all'International Business Corporation Act, n. 28 del 1982 e successive modifiche e integrazioni, nonché con riferimento alle società che producono prodotti autorizzati, quali quelli di cui alla locale legge n. 18 del 1975, e successive modifiche e integrazioni;

3) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

4) (numero soppresso dall'art. 1, lett. c) decreto 27 aprile 2015);

5) Dominica, con riferimento alle international companies esercenti l'attività all'estero;

6) Ecuador, con riferimento alle società operanti nelle Free Trade Zones che beneficiano dell'esenzione dalle imposte sui redditi;

7) Giamaica, con riferimento alle società di produzione per l'esportazione che usufruiscono dei benefici fiscali dell'Export Industry Encouragement Act e alle società localizzate nei territori individuati dal Jamaica Export Free Zone Act; 8) Kenia, con riferimento alle società insediate nelle Export Processing Zones;

9) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

10) (numero soppresso dall'art. 1, lett. c) decreto 27 aprile 2015);

11) Panama, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, secondo la legislazione di Panama, alle società situate nella Colon Free Zone e alle società operanti nelle Export Processing Zone;

12) Portorico, con riferimento alle società esercenti attività bancarie ed alle società previste dal Puerto Rico Tax Incentives Act del 1988 o dal Puerto Rico Tourist Development Act del 1993;

13) Svizzera, con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società holding, ausiliarie e "di domicilio";

14) Uruguay, con riferimento alle società esercenti attività bancarie e alle holding che esercitano esclusivamente attività off-shore. Decreto del 23 gennaio 2002 - Min. Economia e Finanze Pagina 3

2. Le disposizioni del comma 1 si applicano, altresì, ai soggetti ed alle attività insediati negli Stati di cui al medesimo comma che usufruiscono di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli ivi indicati, in virtù di accordi o provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria dei medesimi Stati".

In attuazione del citato comma 678, è stato emanato il D.M. 27 aprile 2015 che modificava di nuovo il Decreto rimuovendo dalla lista nominativa ben 21 Paesi¹².

Alla luce delle modifiche apportate, l'elenco degli Stati a regime fiscale privilegiato risultava radicalmente cambiata.

A modificare, nuovamente, la disciplina dell'art. 110 del T.U.I.R. interveniva poi il c.d. Decreto "internazionalizzazione", adducendo significative novità ai commi 10 e 11.

In prima analisi, il ridetto Decreto consentiva la deducibilità dei costi sostenuti entro il limite del valore normale – determinato ex art. 9 T.U.I.R. – dei beni e dei servizi effettivamente acquistati.

Veniva poi eliminato il requisito dell'esercizio di un'attività commerciale effettivamente svolta dal fornitore estero, prevista dal comma 11 e necessaria per la deducibilità dei costi ex art. 110 T.U.I.R..

Il Decreto prevedeva poi che, qualora il contribuente volesse portare in deduzione costi oltre il limite del valore normale, avrebbe dovuto di mostrare l'esimente dell'effettivo interesse economico sotteso all'operazione svolta, ex art. 110 T.U.I.R. comma 11.

La Legge di Stabilità 2016, all'art. 1, comma 142, ha abrogato i commi da 10 a 12-bis dell'art. 110 T.U.I.R., con decorrenza dal periodo d'imposta 2016.

Questa ultima modifica ha portato ad una vera rivoluzione della normativa, in quanto ha equiparato i costi sostenuti nei Paesi *black list* a quelli sostenuti nelle normali operazioni interne, consentendo l'applicazione delle normali regole del T.U.I.R. per la loro deducibilità. Tali operazioni dovranno, dunque, soddisfare i criteri di inerenza, competenza ed effettività, senza essere più in alcun modo vincolate alla residenza del fornitore o al valore indicato in fattura.

Considerazioni conclusive

Le radicali modifiche che si sono avvicinate in questi ultimi anni, inerenti al trattamento fiscale delle operazioni concluse con Paesi c.d. *black list*, hanno portato chi studia e segue la materia ad interrogarsi, ragionevolmente, sull'intento del legislatore.

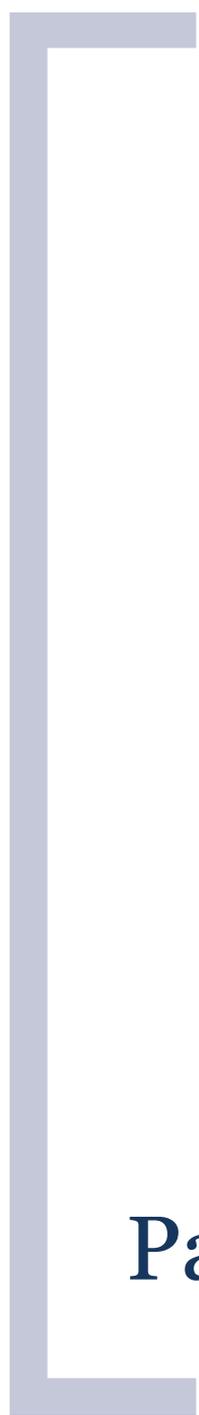
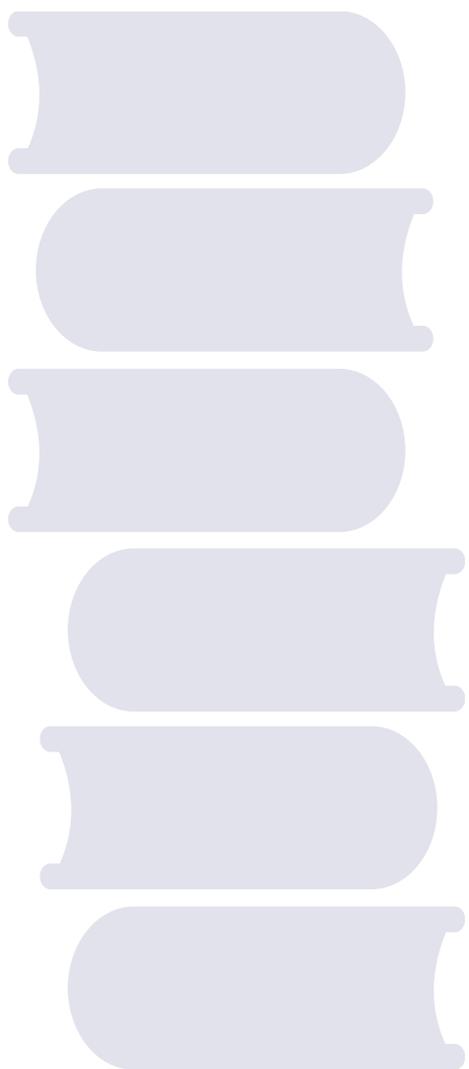
E' utile accostarsi ad una simile riflessione avendo riguardo ai recenti scandali in materia, ultima fra tutte la vicenda dei *Panama Papers*.

Molto probabilmente, difatti, la *ratio* sottesa a queste copiose e, se vogliamo, tormentate modifiche è proprio quella di scongiurare o quantomeno limitare pratiche disinvolute di *aggressive tax planning* internazionale. Con la modifica della normativa *black list* in materia di deducibilità dei costi, in particolare, il Fisco invita il contribuente a giocare a carte scoperte, rimuovendo

¹² I 21 Paesi rimossi dal Decreto sono: Alderney (Isole del Canale), Anguilla, ex Antille Olandesi, Aruba, Belize, Bermuda, Costa Rica, Emirati Arabi Uniti, Filippine, Gibilterra, Guernsey (Isole del Canale), Herm (Isole del Canale), Isola di Man, Isole Cayman, Isole Turks e Caicos, Isole Vergini Britanniche, Jersey (Isole del Canale), Malesia, Mauritius, Montserrat, Singapore.

il limite del valore normale alla deducibilità delle operazioni concluse con Paesi *black list* ed equiparandole alle operazioni interne.

In tal modo si potrebbe – il condizionale è d’obbligo – limitare la mancanza di trasparenza di quelle transazioni avvenute con Paesi a fiscalità privilegiata o con Paesi che combinano regimi di esenzione fiscale accordati ai non residenti con una totale opacità nei confronti delle Autorità fiscali di origine.



Parte seconda

Note a sentenza
degli studenti



CORTE DI CASSAZIONE, sezione I civile, 21 gennaio 2016, n. 1095 –
Presidente CECCHERINI – Relatore NAZZICONE – P.M. SOLDI

Partecipazione di una s.r.l. in una società di fatto – Assunzione delle partecipazioni ex art. 2361 c.c. – Applicabilità dell'art. 2361 c.c. alle s.r.l. - Fallimento in estensione

Codice civile, artt. 2361, 2479, 111-*duodecies* att. c.c.; Legge Fallimentare art. 147.

La partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non esige il rispetto dell'art. 2361, Il comma, c.c. dettato per le società per azioni e costituisce un atto gestorio proprio dell'organo amministrativo, il quale non richiede – almeno allorché l'assunzione della partecipazione non comporti un significativo mutamento dell'oggetto sociale – la previa decisione autorizzativa dei soci ai sensi dell'art. 2479, Il comma, n. 5, c.c.

(*Omissis*) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – Il Tribunale di Foggia con sentenza del 23 marzo 2012 dichiarò il fallimento della Dalois Import Export s.r.l., e, quindi, della società di fatto, riconosciuta insolvente, esistente tra detta società a responsabilità limitata, la Dalois Trade s.r.l. e la Dalois Produce s.r.l., provvedendo, infine, a dichiarare il fallimento in estensione delle due socie illimitatamente responsabili.

La Corte d'appello di Bari con sentenza del 31 dicembre 2012 ha, respinto il reclamo.

La corte territoriale ha ritenuto che il nuovo testo dell'art. 2361 c.c. e art. 111 *duodecies* att. c.c. abbia risolto la questione dell'ammissibilità della partecipazione di società di capitali a società di persone.

Tuttavia, la prima norma, dettata in tema di s.p.a., non è estensibile, quanto alle prescrizioni in essa contenute, anche alla s.r.l., per le quali la partecipazione in esame costituisce atto gestorio proprio degli amministratori, qualora non comporti la modificazione dell'oggetto sociale, a norma dell'art. 2479 c.c., comma 2, n. 5.

Pur ove la norma fosse applicabile, del resto, la deliberazione assembleare, nel contesto dell'art. 2361 c.c., mira a rimuovere un limite ai poteri gestori all'unico fine di esonerare gli amministratori da responsabilità sociale, mentre l'assunzione della partecipazione resta valida ed efficace, come in altre fattispecie ove è richiesta la previa deliberazione assembleare (azioni proprie o della controllante); l'indicazione nella nota integrativa, dal suo canto, è posta a tutela dei soli creditori della società di capitali, avendo i soci altri strumenti a disposizione, di carattere preventivo e sanzionatorio.

La sottrazione a fallimento, invece, costituirebbe un privilegio discendente da un'omissione e non sarebbe ragionevole, nel bilanciamento degli interessi dei creditori della società di capitali e di quelli della società di fatto che sull'unicità del centro d'imputazione abbiano confidato, preferire i primi, posto che la deliberazione autorizzativa non è soggetta a pubblicità (così come non ricevono alcuna tutela i creditori del socio occulto di società palese).

Ne deriva che, in caso di fallimento della società di persone, la società di capitali dovrà essere dichiarata fallita.

Nella specie, ha osservato la corte territoriale che non si tratta del fallimento in estensione da società di capitali ad altra società di capitali, avendo invece correttamente il tribunale dichiarato il fallimento della società di fatto, riconoscendone prima l'esistenza e poi l'insolvenza, e, quindi, in applicazione dell'art. 147, comma 1, L. Fall., dichiarato il fallimento di ciascun socio della società di fatto medesima.

Gli elementi raccolti, infine, secondo la sentenza impugnata, confermano la prova piena della sussistenza del vincolo sociale e dell'insolvenza della società di fatto, esistendo plurimi indizi della sussistenza di un'unica struttura economica associativa e dei presupposti della fallibilità; quanto alle altre s.r.l., il fallimento può essere dichiarato in estensione di quello della società di fatto. (OMISSIS)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con l'unico motivo, le ricorrenti denunciano la violazione o la falsa applicazione degli artt. 2361, 2384 e 2479 c.c. e dell'art. 147 L. Fall., in quanto l'acquisto della partecipazione, da parte di una società di capitali, in una società di persone è di competenza esclusiva dell'assemblea, quale limite legale ai poteri gestori e di rappresentanza degli amministratori, onde esso deve essere necessariamente espresso, restando inefficace ove compiuto senza le condizioni previste dall'art. 2361 c.c. (OMISSIS) Nè l'estensione del fallimento iniziale di una società di capitali ad una presunta società di fatto potrebbe fondarsi sull'art. 147, comma 5, L. Fall., norma eccezionale e riferibile solo all'iniziale fallimento di un imprenditore individuale.

2. - Il complesso motivo proposto pone la questione relativa alla fallibilità di una società di capitali, nella specie società a responsabilità limitata, che si accerti essere socia di una società di fatto insolvente, allorchè la partecipazione sia stata assunta in mancanza della previa deliberazione assembleare e della successiva indicazione nella nota integrativa al bilancio, richieste dall'art. 2361 c.c., comma 2. Tale riassuntiva questione ne contiene, quali necessari passaggi logico-giuridici, diverse:

1) se sia ammissibile la partecipazione di una società di capitali, nella specie s.r.l., ad una società personale;

2) quale sia il contenuto precettivo dell'art. 2361 c.c., comma 2, in ordine alle prescrizioni, ivi contenute, sulla previa deliberazione assembleare e sulla indicazione della partecipazione nella nota integrativa al bilancio, ed agli effetti dell'inottemperanza;

3) se le prescrizioni di cui all'art. 2361 c.c., comma 2, trovino applicazione anche alle s.r.l.;

4) l'estensibilità del fallimento della società di fatto alla società di capitali, nella specie s.r.l., quale socia illimitatamente responsabile.

(OMISSIS) 4. - Essendosi il dibattito processuale tra le parti interamente svolto con riguardo all'interpretazione dell'art. 2361 c.c., comma 2, - norma introdotta dalla riforma del 2003 - si rende opportuno esaminarne la portata precettiva all'interno del sistema della s.p.a., prima di valutare la sua applicabilità alla s.r.l. Nella menzionata disposizione, la "partecipazione in altre imprese" non (necessariamente) snatura l'oggetto (come invece è previsto dal comma 1), ma implica il sorgere della responsabilità illimitata in capo alla società di capitali che ne sia diventata socia. Si tratta, dunque, di una partecipazione in società personale, anche di fatto, posto che anche quest'ultima è caratterizzata dal regime desunto dall'art. 2297 c.c., e quindi dall'art. 2291 c.c., con la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci. In "tal caso, però, il legislatore, a differenza che nel comma 1 - che preesisteva alla riforma del diritto societario (salva la sostituzione della parola "atto costitutivo" con "statuto") e che è precetto imperativo preclusivo della partecipazione della

società per azioni anche in altra società di capitali "rivolto ad evitare modificazioni tacite e informali dell'oggetto sociale" (così Cass., sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636) - non ha posto una norma di divieto.

Il legislatore, invero, si è qui limitato a prevedere solo due adempimenti formali: che l'assunzione della partecipazione sia "deliberata dall'assemblea" e che riceva una "specifica informazione nella nota integrativa del bilancio". Le due condizioni potrebbero non sussistere, anche disgiuntamente l'una dall'altra: come quando gli amministratori, senza affatto chiamare i soci a decidere, acquisiscano la detta partecipazione o senz'altro svolgano in concreto attività d'impresa con altri soggetti, individuali o collettivi, mediante una c.d. società di fatto; e, in aggiunta o indipendentemente dal primo inadempimento, omettano di rendere la dovuta informazione in bilancio.

Reputa il Collegio che simili evenienze lascino sussistere una valida ed efficace assunzione della partecipazione, sia essa formale o sostanziale, nell'altra impresa sul mercato, a tale conclusione inducendo plurime considerazioni.

4.1. - Nessuna disposizione sancisce il divieto di assumere la partecipazione in una società che preveda la responsabilità illimitata della società azionaria esistendo, al contrario, una norma di permesso - nè commina al riguardo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 3, la nullità della partecipazione stessa, sol perchè manchi la previa deliberazione assembleare o l'indicazione nella nota integrativa; quanto all'inadempimento degli amministratori a detto obbligo di darne notizia nella nota integrativa al bilancio, ancor più dubbio è che da ciò possa derivare, quale adempimento successivo all'assunzione della partecipazione ed in mancanza di espressa previsione contraria, tale conseguenza. (OMISSIS) Se, dunque, la preoccupazione da fugare era quella di una finale gestione extrasociale del patrimonio sociale da parte di soggetti che non sono gli amministratori della società per azioni, con il venir meno dei vincoli e dei controlli che li disciplinano, il legislatore della riforma vi ha fatto fronte: mediante la previsione della sottoposizione ai soci della proposta, che deve essere portata a loro conoscenza e formare oggetto di discussione (la deliberazione assembleare); la trasparenza nel bilancio della s.p.a. (con la nota integrativa); l'imposizione degli stessi vincoli contabili (la redazione del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato). Tutto ciò a tutela soprattutto dei soci, e poi anche dei terzi che entrano in contatto con le società partecipante e partecipata: ma pur sempre secondo un'opzione legislativa pianamente favorevole alla figura, espressione di autonomia imprenditoriale: favor palesato anche dalla mancanza di una norma di divieto o che ne sancisca la nullità in assenza delle descritte cautele; le quali, già per tale aspetto, non paiono perciò costituire condizioni di validità o di efficacia (OMISSIS).

4.3. - Per l'art. 2384 c.c., agli amministratori è attribuito un potere di rappresentanza generale e le limitazioni ai loro poteri che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

L'art. 2380-*bis* c.c., dal suo canto, precisa che gli amministratori compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; dunque, sussiste il potere degli amministratori di attuare l'oggetto programmato sotto ogni aspetto, ma anche al di fuori dell'oggetto essi sono in grado di impegnare la società.

Tale regime regola lo speciale sottosistema del diritto delle società (si veda infatti pure l'art. 2475-*ter* c.c., di cui oltre), in rilevante difformità dalla disciplina comune dell'art. 1398 c.c. e dalla stessa disposizione generale sull'opponibilità degli atti societari, derivante dall'art. 2193 c.c..

Il legislatore del 2003 ha inteso, anzi, modificare il regime dell'opponibilità dei limiti ai poteri dell'organo amministrativo nei confronti dei terzi in senso ancor più restrittivo rispetto al testo previgente, pur sempre nell'ambito delle prescrizioni della direttiva CEE n. 151 del 9 marzo 1968 (c.d. prima direttiva in tema di società), che agli art. 7-9 ha regolato la materia, ora "codificata" nella direttiva 2009/101/CE, art. 8-10. (OMISSIS)

L'ambito stesso dell'agire gestorio in funzione del raggiungimento dell'oggetto programmato, contemplato nell'atto costitutivo e presidiato da numerose e stringenti regole (si pensi alle numerose cautele che sempre circondano per legge la scelta dell'oggetto sociale, la sua liceità, le sue modificazioni e il suo raggiungimento: art. 2247; art. 2295, n. 5, 2328, comma 2, n. 3, 2521, comma 3, n. 3; art. 2332; art. 2369; art. 2379, comma 1, ultima parte e art. 2479-ter, comma 3; art. 2436; art. 2437, 2473 e 2497- quater, con varie distinzioni; art. 2271, n. 2, e art. 2484, n. 2; tutti gli oggetti riservati a società di dati tipi e caratteristiche; le disposizioni sugli oggetti sociali esclusivi; etc), così, resta di regola inopponibile ai terzi. Ne deriva che, attesa la ricordata disposizione della direttiva, va valorizzato l'accento ivi posto sull'eccesso dai poteri agli amministratori conferiti per legge ed anche da quelli che essa "consente di conferire" loro: proprio i casi, come quello in esame, in cui l'assemblea è chiamata ad assumere la decisione preliminare (ma lo stesso ove fosse richiesta la previa deliberazione consiliare). In questa prospettiva, che legge l'art. 2384 c.c. secondo il senso fatto palese dal significato proprio delle parole e dall'intenzione del legislatore (art. 12 preleggi, comma 1) e non trascura la lettera e la ratio della norma primaria comunitaria, il riferimento alle limitazioni per gli atti conclusi in nome della società senza una previa decisione degli organi competenti può intendersi non solo con riguardo alla fonte della limitazione dei poteri degli amministratori, nel senso che essa sia richiesta ad iniziativa (per quanto ora interessa) dell'assemblea, ma anche con riferimento alla previa deliberazione assembleare tout court, pur quando l'assunzione della stessa fosse (come nel caso in esame) richiesta da fonte legale.

Ciò, in coerenza con il favor generale della riforma, tracciato dalla legge di delega, per la tutela del mercato, la stabilità dell'agire societario e la certezza dei traffici, nell'intento di incentivare il reperimento di capitale di rischio e di credito verso gli organismi societari.(OMISSIS). Come questa Corte ha osservato (Cass. n. 1525 del 2006, cit.), in tal modo "il rischio delle violazioni commesse dagli amministratori, mediante il compimento di atti eccedenti i poteri loro conferiti, è stato trasferito sulla società, offrendo ai terzi la sicurezza che essa avrebbe fatto fronte agli atti posti in essere, nel suo nome, dagli amministratori, anche se in violazione dei limiti posti", principio "che, come non si è mancato di rilevare, lungi dal penalizzare le società, consente una più intensa valorizzazione delle loro potenzialità, eliminando una possibile remora alla instaurazione di rapporti con esse".

La riserva posta dall'art. 2384 c.c., comma 2 post riforma rappresenta un rimedio diretto ad evitare che il terzo possa abusare della tutela offertagli dal principio dell'inopponibilità, attribuendo alla società una vera e propria *exceptio doli*, volta a garantire che la regola del contenuto inderogabile della rappresentanza non sia utilizzata per finalità contrastanti con gli interessi tipici che il legislatore ha inteso tutelare. (OMISSIS) L'esplicita disposizione, che rimette all'assemblea dei soci la decisione su alcuni atti di amministrazione - art. 2364 c.c., comma 1, n. 5, - non implica il trasferimento dei poteri gestori in capo all'assemblea, nè la valenza invalidante, o condizionante l'efficacia, dell'autorizzazione assembleare, la cui mancanza si riflette unicamente nei rapporti interni. In quei casi, il socio concorre alla formazione di una decisione gestoria, che resta pur sempre propria degli amministratori. Anche per le materie sottoposte all'assemblea dei soci deve, quindi, ritenersi che il potere gestorio e rappresentativo permanga in capo agli amministratori. La pronuncia

assembleare lascia in capo agli amministratori il potere-dovere di valutare essi stessi l'operazione e la sua conformità all'interesse sociale. Proprio questo è stato l'intento del nuovo art. 2364 c.c.: evidenziare l'"uscita" delle competenze degli azionisti dal governo dell'impresa sociale, affidata agli amministratori da loro scelti secondo le direttrici ed i valori che all'impresa i primi intendano imprimere. Il sistema ordinamentale della società azionaria esclude, in via di principio, la nullità o l'inefficacia dell'atto negoziale compiuto dagli amministratori in violazione delle disposizioni sull'autorizzazione assembleare, nelle fattispecie che la richiedano in occasione di determinati negozi: tutto ciò in coerenza con la scelta di fondo della riforma del 2003 in favore di una tutela di tipo obbligatorio, piuttosto che caducatoria. (OMISSIS).

4.6. - Tutto quanto esposto va riferito anche alla partecipazione concreta della società azionaria in un'impresa esercitata da società di fatto. (OMISSIS) Non sarebbe, dunque, giustificabile ammettere che la società di capitali, la quale abbia svolto attività d'impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle relative conseguenze proprio in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori. Se tale condotta di inadempimento è tale da giustificare i rimedi che l'ordinamento rispetto a ciò predispose (azioni di responsabilità, revoca, denuncia al tribunale), non rende però, essa stessa, invalido l'atto compiuto o inefficace l'attività imprenditoriale di fatto svolta. Al potere di scegliere liberamente la persona che rivesta la carica di organo amministrativo vanno ricondotte, se si vuole, le conseguenze di un eventuale errore in capo alla società che lo abbia nominato. Del resto, come si è osservato da molti, sarebbe assai semplice, per gli amministratori della società, aggirare le norme sulla responsabilità patrimoniale e quelle a ciò collegate, invocando la mancata autorizzazione in caso di risultati negativi e, invece, acquisire gli effetti favorevoli di quella partecipazione.

La verità è che lo svolgimento di un'attività economica comune con altra società, di capitali o di persone, o con una persona fisica è fatto ormai avvenuto, condividendo esso la natura materiale ed empirica dell'attività d'impresa, per il c.d. principio di effettività. (OMISSIS) Non può dirsi, in definitiva, che l'attività di partecipazione a società personale, anche di fatto, resti giuridicamente irrilevante in assenza di decisione assembleare. (OMISSIS)

4.10. - In conclusione, l'esplicita attribuzione agli amministratori della società per azioni di poteri di rappresentanza "generale", in una con la mancanza di diversa disposizione per il caso di limiti legali ed, al contrario, la costante tutela del mercato e dei terzi che colora tutta la riforma, inducono a ritenere inopponibile l'assenza della deliberazione assembleare ai terzi, a meno che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società (anche collusi con l'amministratore). Gli amministratori pur in presenza della deliberazione assembleare in discorso restano peraltro responsabili dell'assunzione della partecipazione, posto che essa rimuove un ostacolo all'acquisto, ma non li sottrae alla responsabilità per le loro azioni.

5. - A questo punto, occorre esaminare il profilo dell'applicabilità dell'art. 2361, 2° comma, c.c. alla s.r.l., sia per dare ragione del discorso svolto, sia per valutare se poi, all'interno della disciplina del tipo, sia rinvenibile una prescrizione analoga.

5.1. - L'art. 111 -*duodecies* att. c.c. è stato introdotto in adeguamento alle prescrizioni della Direttiva 90/605/CEE del Consiglio dell'8 novembre 1990, che ha modificato le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE relative ai conti annuali e ai conti consolidati ed al loro ambito d'applicazione (OMISSIS). La norma, con la sua formulazione ambigua, non sembra affatto contenere un'estensione alle s.r.l. anche del precetto relativo all'autorizzazione assembleare ed alle indicazioni in nota integrativa, di cui all'art. 2361, 2° comma, c.c. Da un lato, la fattispecie è incentrata sulle figure della società

personale (s.n.c. e s.a.s.) in cui tutti i soci siano società di capitali (s.p.a., s.a.p.a., s.r.l.), senza che però, all'interno di essa, l'inciso "di cui all'art. 2361, comma secondo, del codice" risulti in una corretta collocazione grammaticale, posto che si riferisce ai "soci illimitatamente responsabili" invece che alla partecipazione da essi detenuta, come sarebbe stato logico. Onde l'inciso sembra dettato al puro scopo di instaurare un raccordo con la disposizione del codice civile. Dall'altro lato, l'effetto della norma - vera ragione per cui è stata dettata - è la prescrizione della redazione del bilancio di società personale secondo i criteri di redazione di cui agli art. 2423 ss. c.c.; salvo poi aggiungere il legislatore, nell'ultima proposizione, che "esse" - cioè, grammaticalmente, le società personali controllate, ossia il soggetto della proposizione principale coordinata che precede - devono redigere il bilancio consolidato: il quale, però, è notoriamente un obbligo, semmai, della società controllante. Ad ulteriore conferma dell'approssimazione lessicale della disposizione, la quale rende incerta qualsiasi sua interpretazione puramente letterale.

5.2. - Il riferimento contenuto nell'art. 111-*duodecies* att. c.c. sembra valere, piuttosto, unicamente ad individuare la fattispecie - partecipazione in impresa implicante la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali - da cui deriva l'obbligo di redigere il bilancio secondo quella disciplina, che non ad estendere le prescrizioni formali dell'art. 2361, 2° comma, c.c. alle società a responsabilità limitata. La norma, in sostanza, intende solo dire che la società personale interamente partecipata da società di capitali sarà soggetta alle medesime prescrizioni di bilancio, mentre le partecipanti avranno altresì l'obbligo del consolidamento. La costruzione di una disciplina autonoma ad hoc delle società a responsabilità limitata, la mancanza di un'analoga previsione nel suo ambito dettata e la struttura personalistica inducono a tale conclusione.

(OMISSIS) Insomma, è la disciplina del bilancio, di esercizio e consolidato, come dettata dal complesso sistema dato da altre disposizioni, il punto di emersione essenziale della partecipazione in società personale, cui l'art. 111-*duodecies* ha aggiunto un ulteriore tassello.

5.4. - Giova anche osservare come non sarebbe fondato sostenere che, ai sensi dell'art. 2479, 2° comma, n. 5, c.c., la partecipazione della società, a responsabilità limitata a società personale rientri sempre nelle operazioni idonee a comportare una "rilevante modificazione dei diritti dei soci", quale attribuzione riservata alla competenza dei soci stessi. La partecipazione di una società di capitali in una società di persone non tanto comporta una modificazione dei diritti dei soci, quanto della società partecipante stessa, che diviene illimitatamente responsabile. I soci di questa, invece, continuano ad essere vincolati nei limiti del conferimento. Ciò che muta, in sostanza, è l'intensità del rischio che quel conferimento corre in dipendenza dell'assunta responsabilità illimitata per le obbligazioni della società personale in capo alla società partecipante; ma non muta, invece, alcun diritto del socio, da interpretare come diritti speciali al medesimo attribuiti ex art. 2468 c.c. (OMISSIS).

5.5. - Semmai, è l'altra previsione contenuta nella fattispecie del menzionato n. 5 - le operazioni che comportano una "sostanziale modificazione dell'oggetto sociale" - ad attingere la ratio di mantenere inalterato il livello di rischio investito (come afferma Cass. 12 luglio 2002, n. 10144, sulla facoltà di recesso): ma dovrebbe accertarsi che la partecipazione in società personale sia così eterogenea rispetto ai fini sociali da modificare l'oggetto in concreto.

E resterebbe comunque da considerare se, nel sottosistema costituito dalla disciplina ad hoc di questo tipo sociale, in forza dello speciale dettato derivante dal combinato disposto degli art. 2473 e 2479, 2° comma, n. 5, c.c., il recesso spetti al socio sia quando la relativa decisione sia stata assunta dall'assemblea senza il suo consenso, sia allorché quella decisione sia



mancata e l'organo amministrativo abbia senz'altro posto in essere l'atto. Perché, allora, ove il socio avesse solo il diritto di recedere dalla società di fronte al "compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo" (oltre che per il cambiamento della clausola statutaria sull'oggetto), il legislatore avrebbe inteso che la società sia divenuta titolare della partecipazione così assunta, avendo sancito la piena validità dell'acquisto, costituente l'evidente presupposto del successivo recesso. E resterebbe, altresì, da considerare il tema generale dell'art. 2475-*bis* c.c., che esclude l'opponibilità ai terzi dei limiti ai poteri gestori, salva l'*exceptio doli*, da porre in relazione all'art. 2479, 2° comma, n. 5, c.c.: dovrebbe, cioè, qualora la partecipazione nella società personale integrasse la fattispecie della sostanziale modificazione dell'oggetto - vicenda estranea a quella ora all'esame, e dunque non esaminabile in questa sede - valutarsi se la soluzione, posta l'unica fonte comunitaria della I direttiva CEE che regola la rappresentanza nelle società di capitali, debba poi essere la stessa della società azionaria. Al di là di tale ipotesi, non sussistente nel caso di specie e da non esaminarsi, la partecipazione resta dunque efficace, quale atto gestorio degli amministratori, sino al limite dell'agire intenzionale dannoso dei terzi, di cui all'art. 2475-*ter* c.c.

6. - L'efficace assunzione della partecipazione ne comporta tutte le implicazioni, ivi compreso il possibile fallimento della società di fatto, cui quella di capitali abbia partecipato, e dei suoi soci illimitatamente responsabili. Accertata l'esistenza di una società di fatto e la sua insolvenza, i soci possono essere dichiarati falliti in estensione, ai sensi dell'art. 147, 1° comma, l.f. (OMISSIS) Si tratta del fallimento *ex lege* - in estensione di quello della società di fatto, che invece va accertata nei suoi elementi costitutivi e nello status di soggetto imprenditore insolvente - dei soci illimitatamente responsabili, che non richiede l'accertamento diretto anche della loro insolvenza, ma unicamente della loro qualità di soci.

La partecipazione di una s.r.l. in una società di fatto: atto gestorio proprio degli amministratori, di DAVIDE MARIA TESTA

(Nota a Cass. 21 gennaio 2016, n. 1095)

SOMMARIO: **1. IL CASO; 2. LA NATURA DELL'ART. 2361 C.C. IN TEMA DI SOCIETÀ PER AZIONI; 3. LA NON APPLICABILITÀ DELL'ART. 2361, II COMMA, C.C. ALLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA; 4. CONCLUSIONI.**

1. Il caso – La Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 1095, depositata in cancelleria il 21 gennaio 2016, ha rigettato l'impugnazione proposta avverso la conferma in sede di appello della sentenza del 23 marzo 2012, con la quale il Tribunale di Foggia aveva dichiarato il fallimento di una s.r.l. e della società di fatto, riconosciuta insolvente, esistente tra la prima società ed altre due società di capitali, anch'esse dichiarate fallite in estensione, quali socie illimitatamente responsabili della società di fatto.

Chiamata a pronunciarsi sulla validità della partecipazione di una s.r.l. in una società di fatto in assenza della preventiva delibera assembleare di cui all'art. 2361, II comma, c.c., la Corte riconosce che la partecipazione di una s.r.l. in una società di persone, anche di fatto, è un atto gestorio proprio degli amministratori, efficace anche senza la preventiva delibera assembleare prevista dal richiamato articolo per le società per azioni.

Ne consegue che, in caso di dichiarazione di fallimento della società di fatto, alla quale partecipi la società di capitali, il fallimento si applica in estensione ai soci illimitatamente responsabili della società di fatto ai sensi dell'art. 147, I comma, I. fall.

Punto di partenza delle riflessioni della Corte è la questione circa l'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali, s.r.l. nel caso *de qua*, in una società di persone; l'analisi si concentra poi sulla portata del contenuto precettivo di cui all'art. 2361 c.c. e, in particolare, se le prescrizioni di cui al comma II del suddetto articolo possano trovare applicazione anche nei confronti delle s.r.l.

2. La natura dell'art. 2361 c.c. in tema di società per azioni – Attesa la nota posizione¹ giurisprudenziale e dottrinale che consente la partecipazione di società di capitali in società di persone, la prima questione affrontata dalla sentenza che si commenta riguarda la natura dell'art. 2361 c.c., ove, al II comma, è previsto che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, da cui derivi una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, è soggetta alla previa deliberazione assembleare e che gli amministratori devono darne specifica informazione nella nota integrativa del bilancio.

¹ Cfr. Cass. 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 5; cfr. inoltre S. BARTOLOMUCCI, *La questione di ammissibilità della società di capitali socia di società personale e le problematiche connesse* in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 349; G. MARZIALE, *Ancora in tema di partecipazione delle società di capitali alle società di persone*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 3248.

Parte dei commentatori² ha interpretato l'articolo in parola quale norma volta ad intervenire sul riparto di competenze tra amministratori e soci e, come tale, derogatoria rispetto al principio sancito dall'art. 2380-*bis* c.c. Conseguenza di tale impostazione è l'asserita inefficacia di una partecipazione posta in essere senza la prescritta delibera assembleare.

Secondo altra prospettazione, parte della giurisprudenza³ riteneva che le prescrizioni poste dall'art. 2361, Il comma, rappresentassero dei limiti legali ai

² F. VESSIA, *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone: la tutela dei creditori della società partecipante tra revocatoria e patrimonio destinato*, in *Riv. not.*, 2011, p. 107: "Dal tenore dell'art. 2361, 2° comma c.c., appare evidente la centralità dell'interesse dei soci rispetto ad acquisti che comportino l'assunzione della responsabilità illimitata della società e che giustifica il loro coinvolgimento in tale operazione, anche se diverse sono le spiegazioni cercate a fondamento della scelta di rimessione all'assemblea dell'operazione in parola: per alcuni «l'alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse al normale e fisiologico esercizio dell'attività d'impresa costituente l'oggetto sociale attraverso gli schemi tipici delle società di capitali», per altri «il coinvolgimento dell'intero patrimonio sociale in un rischio che non è formalmente «governato» dagli organi della società, non comunque secondo le sue regole organizzative», e per altri ancora è «il frutto di un compromesso fra la posizione rigidamente negativa assunta dalla prevalente giurisprudenza e le nuove linee-guida, dettate in tema di gestione» per cui «la prescrizione della deliberazione assembleare (...) va letta alla luce della nuova impostazione dei rapporti fra organo assembleare ed organo gestorio». Superata la questione della ratio giustificativa della scelta di perimetrare queste operazioni in favore dell'assemblea riducendo la, sempre più ampia e accentrata, competenza gestoria è ineludibile, nell'ottica di questo lavoro, spostare lo sguardo sull'interesse dei creditori nell'operazione in parola, totalmente omissso dal legislatore; interesse collegato alla circostanza che l'acquisto di questo particolare tipo di partecipazione, a differenza delle forme partecipative in altri tipi societari capitalistici, determina un pregiudizio non solo potenziale ma anche concreto ed attuale per i creditori sociali".

In tal senso anche P. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 543; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. imp.*, 2004, p. 448.

³ Cfr. Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1442: "Infatti, se il dettato dell'art. 2361 2° comma cod. civ. fuga ogni dubbio sulla liceità della partecipazione ad una società di persone da parte di una società di capitali (con ciò tagliando il nodo gordiano della supposta non configurabilità dell'*intuitus personae* a proposito di un ente non umano, ma giuridico), pure è palese come il legislatore abbia posto a condizione della detta partecipazione la necessità di una delibera dei soci in proposito, e, soprattutto, la necessità che la partecipazione sia ostesa all'apprezzamento dei creditori nella nota integrativa al bilancio.

È evidente che se la prima delle condizioni (la delibera assembleare- ovvero la decisione da parte dei soci della srl- di assumere una partecipazione in una impresa comportante la responsabilità illimitata) è posta a tutela dei soci, la seconda è funzionale alla tutela degli interessi dei creditori della società, che devono essere posti nella possibilità di avere contezza

poteri di rappresentanza degli amministratori, preordinati a tutelare e informare dei rischi connessi i soci e i creditori delle società di capitali partecipanti. Ne consegue che, stante la natura di limite legale, l'assenza della preventiva delibera sarebbe in ogni caso opponibile ai terzi. In dottrina, sul punto, si è assistito all'avvicinarsi di posizioni maggiormente rigide⁴, in piena condivisione di tale linea giurisprudenziale, e posizioni

secondo cui l'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 2361, II comma, c.c. determinerebbe unicamente la responsabilità in capo agli amministratori della società partecipante, non riscontrandosi alcuna specifica deroga al principio di rappresentanza generale degli stessi di cui all'art. 2384⁵.

che la società loro debitrice è illimitatamente responsabile per obbligazioni assunte dalla società personale alla quale partecipa.

Ma allora, la partecipazione di fatto ad una società personale da parte di una società di capitali (e dunque: l'assunzione di responsabilità illimitata) a prescindere sia dalla delibera- o decisione- di autorizzazione, sia dalla "specifica informazione" (così, letteralmente, l'art. 2361 2° comma cod. civ.) relativa a tale partecipazione contenuta nella nota integrativa al bilancio, deve dirsi tutt'ora preclusa, in quanto si risolve non solo in una violazione dei diritti dei soci, ma anche dei diritti dei creditori, alla tutela dei quali è preposta, anche, l'intera normazione relativa alla veridicità e correttezza dei dati di bilancio, intesi, in una con la nota integrativa, quali fondamentali strumenti di controllo della sussistenza o meno della garanzia patrimoniale offerta dalla società debitrice".

⁴ In tal senso, fra gli altri, V. DONATIVI, *Partecipazioni, sub art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2004, p. 220; A. AUDINO, *Commento all'art. 2361 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 416.

⁵ S. GISOLFI, M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, fasc.6, 2004, p. 1329, secondo cui "l'art. 2384 veniva attribuito agli amministratori un potere di rappresentanza per tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale, senza possibilità di opporre ai terzi le limitazioni risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto anche se pubblicate e salvo l'*exceptio doli*".

Cfr. inoltre: A. BARTALENA, *Società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 2, p. 309 ss. a mente del quale "È, anzitutto, opportuno puntualizzare che [...] la previsione dell'autorizzazione assembleare per il compimento di un atto di gestione (qual è l'acquisto di una partecipazione in una società di persone) è inquadrabile come una limitazione *legale* al potere di rappresentanza, che, secondo la migliore dottrina, è opponibile ai terzi: conclusione questa che è desumibile sia dal fatto che la diversa disciplina dell'art. 2384, comma 2, c.c. è riferibile soltanto alle limitazioni *convenzionali* dei poteri degli amministratori, sia dalla circostanza che la normativa comunitaria (art. 9, n. 1, della Direttiva 68/151/CEE) espressamente fa salva la ripartizione di competenza fra organi sociali, stabilita dalla legge.

Ne discende, dunque, che l'atto negoziale, che si traduce nella violazione di una siffatta limitazione *legale* al potere di rappresentanza è *inefficace*, in quanto posto in essere da un *falsus procurator*, da un soggetto, cioè, privo dei poteri necessari per impegnare la società.

Secondo l'orientamento⁶ da ultimo seguito dalla Suprema Corte, la disposizione in esame non comporta il trasferimento dei poteri gestori in capo all'assemblea né, in base all'impianto normativo a disciplina delle società azionarie, può affermarsi la nullità o l'inefficacia dell'atto compiuto dagli amministratori in assenza dell'autorizzazione assembleare. Tale conclusione si fonda sia sull'esplicita attribuzione agli amministratori della società per azioni di poteri di rappresentanza "generale", sia in considerazione della mancanza di diversa disposizione per il caso di limiti legali rispetto a quanto previsto dall'art. 2384 c.c. per i limiti c.d. convenzionali. Secondo la Corte, posta la propensione del legislatore alla certezza del diritto che caratterizza tutta la riforma, l'assenza

L'inefficacia di tale atto, però, è *relativa*, nel senso che esso non è, di per sé, improduttivo di ogni e qualsiasi effetto. Esso, tutt'al contrario, è, in primo luogo, immediatamente vincolante per il terzo, che abbia contrattato con il *falsus procurator*: ciò si desume chiaramente dall'art. 1399, comma 3, c.c., che gli consente, d'accordo con quest'ultimo, di «sciogliere il contratto prima della ratifica», con ciò stesso confermando che esso si è, comunque, perfezionato. Inoltre, la carenza di poteri rappresentativi in capo al soggetto che ha stipulato l'atto può essere fatta valere solo dallo pseudo-rappresentato, non già dal terzo che abbia contrattato con il *falsus procurator*, né può essere rilevata d'ufficio dal Giudice.

D'altra parte, la società ha la facoltà, mediante la ratifica (art. 1399, comma 1, c.c.), di far proprio l'atto posto in essere dal soggetto privo di poteri rappresentativi: e la ratifica ha portata retroattiva, nel senso che il contratto produce i suoi effetti *ex tunc* (cioè, dalla data in cui è stato stipulato dal *falsus procurator*). [...] Ed inoltre, "Se, poi, le limitazioni *legali* al potere di rappresentanza degli amministratori vengono equiparate a quelle *convenzionali*, con la conseguenza che diventano opponibili al terzo solo in base all'*exceptio doli generalis* (art. 2384, comma 2, c.c.), l'assunzione di una partecipazione in una società di persone, pur in assenza della deliberazione dei soci della S.p.a. partecipante, dovrà essere considerata *efficace*, almeno nella normalità dei casi". Cfr. infine G. PALMIERI, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 85 ss.

⁶ Cfr. App. Torino, 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2219 ove si afferma che "bene sono invece opponibili ed efficaci le limitazioni che derivino direttamente dalla legge: trattasi in questo caso di disposizioni di interesse generale, e sarebbe incongruo che il legislatore avesse introdotto, per interessi superiori, norme restrittive ai poteri dell'organo amministrativo prevedendo poi come priva di effetti verso i terzi la loro violazione, in tal modo svuotandone la portata precettiva. Ciò posto, la prescrizione che l'atto (di competenza degli amministratori) di assunzione di partecipazione comportante illimitata responsabilità della società sia preceduto da delibera assembleare (art. 2361 cit.), costituisce appunto un condizionamento ai poteri gestori dell'organo amministrativo direttamente imposto dalla legge, sicché il superamento di detti limiti non può comportare l'inefficacia dell'atto." Cfr. anche Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 906, ove si riprende integralmente l'indirizzo seguito da App. Torino, 30 luglio 2007, cit.

della deliberazione assembleare è soggetta al regime di cui all'art. 2384 c.c. ed è pertanto inopponibile ai terzi, a meno che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società. La partecipazione in società di persone rimane pertanto valida ed efficace anche in assenza di preventiva delibera assembleare che costituisce un mero "adempimento formale"; ed invero, gli amministratori, pur in presenza della deliberazione assembleare in discorso, rimarrebbero responsabili dell'assunzione della partecipazione. Non sarebbe, infatti, giustificabile che una società di capitali, che abbia svolto attività d'impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle relative conseguenze proprio in forza di una violazione di legge perpetrata dai suoi amministratori. Secondo la Corte, tale condotta di inadempimento potrebbe in definitiva giustificare rimedi quali azioni di responsabilità, revoca o denuncia al tribunale; non rende però, essa stessa, l'atto di partecipazione compiuto invalido o inefficace.

3. La non applicabilità dell'art. 2361, Il comma, c.c. alle società a responsabilità limitata – Il passo successivo dell'indagine compiuta dalla Corte di Cassazione riguarda la possibilità di estendere alle s.r.l. la disciplina dettata dall'art. 2361, Il comma, c.c. per le s.p.a.

E' diffusa, invero, l'opinione secondo la quale l'ambito applicativo dell'art. 2361, Il comma, c.c. non possa limitarsi al settore della partecipazione delle sole società per azioni in società di persone: parte della dottrina⁷ e della

⁷ U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, in *Riv. soc.*, fasc.2-3, 2006, p. 185 a mente del quale "i principi di disciplina in esame (art. 2361, comma 2, c.c.; art. 111-duodecies, disp. att.) troveranno applicazione nelle ipotesi in cui la s.p.a. – e più in generale la società di capitali – assuma partecipazioni: a) in una società semplice, a meno che la società di capitali "rinunci ad assumere la veste di amministratore della società partecipata e pattuisca il beneficio della responsabilità limitata, rendendolo conoscibile ai terzi attraverso "mezzi idonei" di pubblicità ex art. 2267"; b) in una società in nome collettivo; c) in una società in accomandita semplice (o in accomandita per azioni), qualora la società di capitali venga a ricoprire la posizione di accomandatario". Cfr. inoltre le posizioni di: A. MENGALI, *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. delle Società*, n. 1/2007, p. 32 ss.; A. MIRONE, *Commento all'art. 2361*, op.cit. p. 418 ss.; A. GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Torino, 2004, p. 147; V. DONATIVI, *Commento all'art. 2361 c.c.*, op. cit., p. 236.

giurisprudenza di merito⁸ hanno infatti sostenuto l'applicabilità di tale norma anche alle s.r.l. in virtù del richiamo contenuto nell'art. 111-*duodecies* att. c.c., secondo il quale la società di persone partecipata da società di capitali è soggetta alle medesime prescrizioni di bilancio di cui agli artt. 2423 ss. c.c.

Secondo diverso orientamento⁹ - che è quello seguito dalla Corte di Cassazione - la norma in parola si concentra esclusivamente sui principi di redazione del bilancio, d'esercizio e consolidato. Al riguardo, le considerazioni della Corte si articolano in due direzioni: in primo luogo non sarebbe fondato sostenere che la partecipazione della s.r.l., rientri nelle "operazioni idonee a comportare una rilevante modificazione dei diritti dei soci", per le quali, ai sensi del dettato normativo di cui all'art. 2479, Il comma, n. 5 c.c., la competenza spetta ai soci stessi.

La Corte, su tal profilo, sostiene che operazioni di tal portata non comportano una modificazione dei diritti dei soci, bensì della società partecipante, in quanto (esclusivamente) quest'ultima diviene illimitatamente responsabile; i soci, invece, continuano ad esser vincolati nei limiti dei loro conferimenti iniziali. In sostanza si rileva una variazione di intensità dell'*alea* cui sono soggetti i suddetti conferimenti, e ciò in dipendenza dell'assunta responsabilità illimitata per le obbligazioni contratte dalla società personale,

Anche M. STELLA RICHTER JR., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, fasc.1, 2004, p. 11, afferma l'applicabilità della norma in commento alle s.r.l., per analogia, prescindendo dal riferimento all'art. 111-*duodecies* att. c.c., ("se la disposizione dell'art. 2361 c.c., non espressamente richiamata in materia di società a responsabilità limitata, sia da considerarsi espressione di un principio generale e come tale sia applicabile anche alle società a responsabilità limitata - come propenderei a credere tanto per quanto attiene al divieto posto dal primo comma, quanto per la possibilità posta dal secondo. ... Riterrei anche a questo riguardo ragionevole sostenere che l'acquisto da parte di una società a responsabilità limitata di una partecipazione in società di persone - possibilità che era già prima della riforma affermata in dottrina, ma negata dalla giurisprudenza, in assenza di espressi dati testuali - comporti l'applicazione delle regole specificamente poste dall'art. 2361, comma 2, c.c., e cioè autorizzazione dei soci e informativa nella nota integrativa del bilancio di esercizio").

⁸ Cfr. Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Vita notarile*, 2007, II, p. 766; Trib.Prato, 13 novembre 2010.

⁹ F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. notariato*, 2012, fasc. 2, p. 267; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, p. 298 ss.

gravante sulla società partecipante; non muta, invece, alcun diritto del singolo socio.

In secondo luogo, quanto alla possibilità di assimilare la partecipazione comportante una responsabilità illimitata a una “sostanziale modificazione dell’oggetto sociale determinato nell’atto costitutivo” (per la cui autorizzazione l’art. 2479 riserva la decisione ai soci) la Corte si è espressa con interpretazione aperta; in particolare ha ritenuto che la partecipazione in società di persone potrebbe configurare, astrattamente, una “modificazione dell’oggetto sociale” sulla base di specifici elementi di fatto, assenti tuttavia nella fattispecie¹⁰.

Alla luce delle considerazioni riportate, deve ritenersi che, con riferimento alle s.r.l., l’assunzione di partecipazioni in altra società comportanti responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, rientri tra gli atti gestori propri degli amministratori¹¹ e non serve pertanto alcuna deliberazione dei soci

¹⁰ Cfr. F. FIMMANÒ, op. cit., 267, secondo cui “per le società a responsabilità limitata sembrerebbe quindi, in assenza di prescrizioni normative, che l’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle stesse, rappresenti un atto gestorio proprio degli amministratori, non rimesso alla competenza dei soci ai sensi dell’art. 2479, comma 2 n. 5, c.c.. Ciò anche se a contrario va rilevato che in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci di società a responsabilità limitata le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, quale potrebbe essere la partecipazione in oggetto”.

¹¹ Appare opportuno richiamare le diverse posizioni dottrinali in ordine all’ammissibilità o meno di limiti “legali” al potere di rappresentanza degli amministratori e ai rapporti con l’art. 2479 c.c. Al riguardo, secondo parte della dottrina sarebbero configurabili limitazioni legali ai poteri di rappresentanza; tale considerazione è mossa da una dissociazione tra potere gestorio e potere di rappresentanza in capo agli amministratori, che potrebbe attingere i suoi fondamenti in una generale ricostruzione del fenomeno rappresentativo volta ad evidenziare la sua autonomia (negoziato di procura, autonomo da quello di mandato) da quello gestorio. In tal senso cfr. G. ZANARONE, *Art. 2475-bis, Della società a responsabilità limitata*, 2, ne *Il Codice Civile*. Commentario a cura di P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1008; P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla “nuova” società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 40; D. REGOLI, *La rappresentanza*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibbà, p. 155; S. GISOLFI - M. C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, op. cit., p. 1341;

I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, p. 115 ss.; R. RORDORF, *Decisioni dei soci di s.r.l.: competenza e modi di decidere*, in *Società*, 2006. In contrasto con tali posizioni si è espressa gran parte della dottrina secondo la quale sussiste un potere di rappresentanza generale in capo agli amministratori, e pertanto il compimento di operazioni di cui all’art. 2479, Il comma, n.5, comporta solamente una

salvo il caso in cui, dall'analisi delle circostanze concrete, la predetta partecipazione possa costituire un "modificazione dell'oggetto sociale". Ne consegue che la partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società personale, ancorché in difetto della previa decisione autorizzativa dei soci, spiega validamente i suoi effetti quale atto gestorio degli amministratori, sino - come specificato dalla Corte - al limite dell'agire intenzionale dannoso di terzi ex art. 2475-ter c.c.

4. Conclusioni – La legittimità della più volte citata partecipazione della s.r.l. in una società persone, anche di fatto, ne comporta la sottoponibilità a fallimento della società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili ai sensi dell'art. 147, I comma, I. fall. Secondo la Corte è necessario, a tal fine, il rigoroso accertamento dei presupposti, quali l'esistenza di tale società di fatto ed il suo stato di insolvenza. Non è richiesto, invece, l'accertamento dell'insolvenza dei soci, società di capitali, della società di fatto: questi, infatti,

violazione, nei rapporti interni, del riparto delle competenze fra amministratori e soci, risultando la circostanza irrilevante per i terzi. In tal senso M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2014, fasc. I, p. 1 ss. a mente del quale "...deve indurre a dubitare che il riparto di competenze posto dall'art. 2479, n. 5, c.c., possa considerarsi come una limitazione legale al potere di rappresentanza degli amministratori, e a ritenere piuttosto che esso costituisca sì una limitazione legale al potere degli amministratori, e però soltanto al loro (altrimenti pieno, salve eventuali limitazioni statutarie) potere decisionale. Così che il compimento di un'operazione sostanzialmente modificativa dell'oggetto sociale senza una previa decisione dei soci, dunque decisa autonomamente dagli amministratori, espone senz'altro questi ad una censura di quelli (revoca, azione di responsabilità); ma non rappresenterebbe, nei rapporti esterni, un superamento del loro generale potere di rappresentanza". Cfr. anche C. DE IULIIS, *La rilevanza interna degli atti ultra vires nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1840; S. AMBROSINI, *Art. 2475-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1579; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo - S. Patriarca, Torino, 2006, p. 323 ss.; con riferimento alle s.p.a., cfr. G. D. MOSCO, *Art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2004, p. 612-613, a mente del quale "l'affermazione del carattere generale del potere di rappresentanza sembra deporre nel senso che non esiste (più) alcun limite legale a tale potere, che con tale carattere sarebbe in contraddizione, ma solo limiti che sono inerenti ai rapporti interni della società e dunque al potere di gestione degli amministratori".

possono essere dichiarati falliti in estensione, ai sensi dell'art. 147, I comma, I. fall., quali soci illimitatamente responsabili.

La norma, peraltro, nell'operare un riferimento al capo III, titolo V, libro V del codice civile, si riferisce, chiaramente, anche alla disciplina sulla società in nome collettivo irregolare esercitante attività d'impresa, che può agevolmente considerarsi, dal punto di vista strutturale, analoga alla società di fatto.

Secondo quanto precisato dalla Corte, trattasi di fallimento *ex lege*, in estensione di quello della società di fatto (la cui esistenza va accertata nei suoi elementi costitutivi e della quale deve essere verificato lo *status* di soggetto insolvente), dei soci illimitatamente responsabili, non richiedendosi l'accertamento diretto della loro insolvenza, ma unicamente della loro qualità di soci della prima. Escludere la fallibilità delle società socie illimitatamente responsabili costituirebbe, ad avviso della Corte, un privilegio derivante da un'omissione: non sarebbe infatti ragionevole, nel bilanciamento degli interessi dei creditori della società di capitali e di quelli della società di fatto che sull'unicità del centro d'imputazione abbiano confidato, preferire i primi, posto che la deliberazione autorizzativa non è soggetta a pubblicità (così come non ricevono alcuna tutela i creditori del socio occulto di società palese).

Siffatta interpretazione del comma I, art. 147, I. fall. non ha goduto, precedentemente alla sentenza in commento, della sufficiente focalizzazione: del medesimo articolo, oltre al comma I, è stato il comma V a esser interessato da contrastanti visioni dottrinali, attribuendo allo stesso un ruolo centrale nella risoluzione della questione in esame. In dettaglio, taluni commentatori¹², al fine di risolvere il problema della fallibilità della "super-società di fatto", hanno sostenuto l'operatività dell'art. 147, comma V, legge fallimentare anche in ipotesi di avvenuta dichiarazione di fallimento di un imprenditore collettivo, ricollegando l'effetto del fallimento in estensione degli altri soggetti qualificabili come soci della "super-società di fatto". In senso opposto, parte della dottrina¹³

¹² M. SPIOTTA, *Società di fatto o «del fatto compiuto»?*, op. cit.; A. MIRONE, *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali*, op. cit.

¹³ N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, op. cit.; G. CAVALLI, *I presupposti del*

ha obiettato che con la norma in parola il legislatore avrebbe semplicemente recepito il pregresso orientamento giurisprudenziale favorevole al fallimento dei soci occulti di società occulta, sicché la norma sarebbe di stretta interpretazione.

Superando tali contrasti, la Corte afferma che la questione debba essere inquadrata nell'ambito del primo comma del medesimo articolo: per la sottoponibilità a fallimento della società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili è necessario il rigoroso accertamento dell'esistenza di tale società di fatto e del suo stato di insolvenza; al contrario non è richiesto l'accertamento dell'insolvenza dei soci, società di capitali, della società di fatto: questi, infatti, possono essere dichiarati falliti, in estensione, ai sensi dell'art. 147, comma I, l. fall., quali soci illimitatamente responsabili.

Riferimenti bibliografici

- ABBADESSA P., *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 543.
- ABRIANI N., *Decisioni dei soci*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo S. Patriarca, Torino, 2006, p. 323 ss.
- AMBROSINI S., *Art. 2475-bis*, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini A. Stagno D'alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1579.
- AUDINO A., *Commento all'art. 2361 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 416.
- BARTALENA A., *Società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 2, p. 309 ss.
- BARTOLOMUCCI S., *La questione di ammissibilità della società di capitali socia di società personale e le problematiche connesse*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 349.
- CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2007, p. 298 ss.
- CAPO G., *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia - L. Panzani, Torino, 2009, I, p. 60.
- CAVALLI G., *I presupposti del fallimento*, in *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2009, 105.
- DE IULIIS C., *La rilevanza interna degli atti ultra vires nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1840.
- DEMURO I., *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, p. 115 ss.
- DONATIVI V., *Partecipazioni, sub art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli E V. Santoro, I, Torino, 2004, p. 220.

fallimento, in *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2009, 105; G. CAPO, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia - L. Panzani, Torino, 2009, I, p. 60; F. VASSALLI, *Commento all'art. 147*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro - V. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010, II, p. 1933 ss.

- FIMMANÒ F., *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. notariato*, 2012, fasc. 2, p. 267.
- FIMMANÒ F., *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, in *ilcaso.it*, 23.7.2007.
- GAMBINO A., *Impresa e società di persone*, Torino, 2004, p. 147.
- GISOLFI S., LUPETTI M. C., *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. notariato*, fasc.6, 2004, p. 1329.
- IRRERA M., *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*, in *Fallimento*, 2008, p. 1337.
- MARZIALE G., *Ancora in tema di partecipazione delle società di capitali alle società di persone*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 3248.
- MENGALI A., *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. delle Società*, n. 1/2007, p. 32 ss.
- MIRONE A., *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini - A. Stagno D'alcontres, Napoli, 2004, p. 418 ss.
- MOSCO G. D., *Art. 2384*, in *Società di capitali*. Commentario, a cura di G. Niccolini - A. Stagno D'alcontres, II, Napoli, 2004, p. 612-613.
- NIGRO A., *Commento all'art. 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, p. 2182.
- PALMIERI G., *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 85 ss.
- PINTO V., *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. imp.*, 2004, p. 448.
- REGOLI D., *La rappresentanza*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibbà, p. 155.
- RONDINONE N., *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, in *riv. soc.*, fasc.6, 2015, p. 1045.
- RORDORF R., *Decisioni dei soci di s.r.l.: competenza e modi di decidere*, in *Società*, 2006.
- SCIUTO M., *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *riv. soc.*, 2014, fasc. I, p. 1 ss.
- SPADA P., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 40.
- SPIOTTA M., *Società di fatto o «del fatto compiuto»?* , in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 451.
- STELLA RICHTER JR. M., *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, fasc.1, 2004, p. 11.
- TOMBARI U., *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, in *riv. soc.*, fasc.2-3, 2006, p. 185. VASSALLI F., *Commento all'art. 147*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro -V. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2010, II, p. 1933 ss.
- VESSIA F., *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone: la tutela dei creditori della società partecipante tra revocatoria e patrimonio destinato*, in *riv. not.*, 2011, p. 107.
- ZANARONE G., *Art. 2475-bis, Della società a responsabilità limitata, 2*, ne *Il Codice Civile*. Commentario a cura di P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, p. 1008.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione II civile, 24 marzo 2016, n. 5868 –
Presidente Bucciante – Relatore Cosentino - P.M. De Renzis (conf.)
[Cassa con rinvio App. Roma 22 ottobre 2012]

Illecito amministrativo permanente – Sanzioni Banca d'Italia – Termine contestazione

D. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 145; L. 24 novembre 1981, n. 689, artt. 14 e 28.

In materia di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, se l'illecito ha natura permanente, quando non vi sia prova della cessazione della permanenza, il termine fissato dall'art. 14, l. n. 689/1981 per la contestazione decorre dall'accertamento dell'illecito.

(*Omissis*) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. La società Non Performing Loans spa e gli altri ricorrenti nominati in epigrafe ricorrono contro la Banca d'Italia per la cassazione del decreto con cui la Corte di appello di Roma ha rigettato la loro opposizione ex D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 145 (di seguito: T.U.B.) avverso la Delib. 22 giugno 2010, n. 448 con cui il Direttorio della Banca d'Italia aveva comminato all'amministratore delegato della società, al direttore generale della stessa, nonché a componenti ed ex componenti del relativo consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, sanzioni amministrative pecuniarie (per il cui pagamento la società è coobbligata ai sensi del T.U.B., art. 145, comma 10) per le seguenti violazioni della normativa di settore:

- 1) carenze nell'organizzazione e nei controlli interni da parte dei componenti ed ex componenti del consiglio d'amministrazione e del direttore;
- 2) carenze nei controlli da parte dei componenti ed ex componenti del collegio sindacale;
- 3) omesse e/o inesatte segnalazioni all'Organo di vigilanza da parte di componenti del consiglio d'amministrazione, di componenti ed ex componenti del collegio sindacale e del direttore.

Il ricorso per cassazione si articola su sette motivi.

Con il primo motivo, concernente la statuizione sulla prima violazione, si denuncia la violazione e/o falsa applicazione della L. n. 109 del 1981, art. 14 in cui il giudice territoriale sarebbe incorso ritenendo che, negli illeciti permanenti, il momento della conoscenza dell'illecito sia irrilevante ai fini del decorso del termine di 90 giorni previsto da tale disposizione.

Con il secondo motivo, anch'esso concernente la statuizione sulla prima violazione, si denuncia il vizio di motivazione di detta statuizione in ordine all'individuazione del momento di accertamento dell'illecito.

Con il terzo motivo, concernente la statuizione sulla seconda violazione, si lamenta il silenzio del decreto impugnato sulla eccezione di decadenza dell'Amministrazione ex L. n. 689 del 2001, art. 14. In ogni caso, si ripropongono, con riferimento alla statuizione sulla seconda violazione, contestata ai sindaci, le medesime censure già proposte in relazione alla statuizione sulla prima violazione con il primo ed il secondo mezzo di ricorso.

Con il quarto motivo, anch'esso concernente la statuizione sulla seconda violazione si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2403

c.c. nella quale il giudice territoriale sarebbe incorso affermando la responsabilità dei sindaci per essersi essi limitati a "formulare osservazioni formali, senza intervenire attivamente per eliminare le criticità, la carenza delle irregolarità emerse in sede ispettiva". Secondo i ricorrenti i sindaci non avrebbero il potere di disporre direttamente gli interventi operativi necessari, avendo solo il compito di controllare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, evidenziandone eventuali profili di inadeguatezza.

Con il quinto motivo, concernente la statuizione sulla terza violazione, si lamenta l'insufficienza della risposta offerta dal decreto impugnato alla eccezione di decadenza dell'Amministrazione ex L. n. 689 del 2001, art. 14, sostanzialmente consistente in un rinvio alle argomentazioni svolte con riferimento alla prima violazione, integrato dall'inciso "con la precisazione che anche in questo caso si tratta di infrazioni di natura permanente". Il motivo ripropone, con riferimento alla statuizione sulla violazione di omesse e/o inesatte segnalazioni all'Organo di vigilanza, le medesime censure proposte con il primo mezzo di ricorso in relazione alla statuizione sulla prima violazione.

Con il sesto motivo, anch'esso concernente la statuizione sulla terza violazione, si denuncia il vizio di motivazione di detta statuizione in ordine all'individuazione del momento di accertamento dell'illecito; i ricorrenti - sottolineata la diversità tra i fatti storici oggetto della prima violazione (carenze nell'organizzazione e nei controlli interni) e quelli oggetto della terza violazione (omesse e/o inesatte segnalazioni all'Organo di vigilanza) -

sottolineano che la motivazione di rigetto dell'eccezione di decadenza ex L. n. 689 del 1981, art. 14 riferita alla terza violazione non poteva limitarsi a rinviare ai medesimi argomenti spesi dalla Corte di appello per motivare il rigetto dell'eccezione di decadenza riferita alla prima violazione e, pertanto/risulta del tutto inadeguata.

Con il settimo motivo, relativo alla sola statuizione sulla posizione della sig.ra P.M.C., presidente del consiglio d'amministrazione, si denuncia il vizio di motivazione relativo all'accertamento delle responsabilità di costi ed alla quantificazione della sanzione infittale. In particolare, nel mezzo di gravame si lamenta l'omessa motivazione in ordine alla circostanza di fatto che, avendo la sig.ra P. acquisito la carica di presidente del consiglio d'amministrazione l'11.9.08, tutte le violazioni sanzionate rientrano nel primo semestre del di lei mandato e, pertanto, non le sarebbero imputabili, dovendosi giudicare inesigibile l'acquisizione in tempi così brevi di una conoscenza delle articolate procedure di una organizzazione complessa sufficientemente approfondita per consentire l'autonoma individuazione di carenze e rimedi.

La Banca d'Italia si è costituita con controricorso, Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c.. Nella memoria di parte ricorrente si introducono due questioni ulteriori rispetto a quelle proposte in ricorso. In particolare:

a) si deduce la sopravvenuta illegittimità dell'impugnato provvedimento sanzionatorio in applicazione del principio del favor rei, in relazione agli artt. 144 e 144 ter T.U.B. come modificati dal D.Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, di detto decreto legislativo, per contrasto con gli artt. 76 e 3 Cost., nella parte in cui esso non prevede l'applicazione del principio del favor rei con riferimento alle sanzioni amministrative irrogate ai sensi del T.U.B. prima dell'entrata in vigore del ripetuto D.Lgs. n. 72 del 2015;

b) si deduce l'illegittimità dell'impugnato provvedimento sanzionatorio per violazione dei principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti

istruttori e della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie di cui alla L. n. 265 del 2005, art. 24, comma 1, e di cui al Provvedimento della Banca d'Italia 27/6/11 recante disciplina della procedura sanzionatoria; nonché l'illegittimità costituzionale del T.U.B., art. 145, comma 7, vigente all'epoca dell'adozione del provvedimento impugnato, per contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 6 CEDU. Il ricorso è stato discusso alla pubblica udienza del 15.1.16, nella quale il Procuratore Generale ha concluso come da verbale.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

E' necessario esaminare preliminarmente le questioni poste dal ricorrente nella memoria ex art. 378 c.p.c., poichè le stesse si pongono un piano logicamente preliminare rispetto alle censure sviluppate nei mezzi di ricorso.

Quanto alla questione sopra sintetizzata sub a), il Collegio preliminarmente rileva che non vi sono ragioni per discostarsi dai principi di diritto enunciati nei precedenti di questa Sezione nn. 26131/15 e 26132/15 e, pertanto, le prospettazioni dei ricorrenti non possono trovare accoglimento. Al riguardo infatti si osserva che la Banca d'Italia non ha ancora emanato le disposizioni di attuazione di cui al T.U.B., art. 145 quater, introdotto dal D.Lgs. n. 72 del 2015, art. 1, comma 54; pertanto - alla stregua della disciplina intertemporale dettata dal D.Lgs. n. 72 del 2015, art. 2, comma 3 ("Le modifiche apportate al titolo 8^a del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Banca d'Italia ai sensi del D.Lgs. n. 1 settembre 1993, n. 385, art. 145-quater") - le modifiche recate dal D.Lgs. n. 72 del 2015, art. 1 al titolo 8^a del T.U.B. (tra cui il cambiamento del testo dell'art. 144 e l'inserimento dell'art. 144 ter) non sono, ad oggi, ancora applicabili; manca, dunque, la premessa stessa per una valutazione circa l'applicazione retroattiva, in materia, della lex mitior e, per la stessa ragione, difetta di rilevanza la prospettata questione di legittimità costituzionale.

Quanto alla questione sopra sintetizzata sub b), essa si risolve nella proposizione di un motivo aggiunto di ricorso per cassazione, inammissibile nelle memorie ex art. 378 c.p.c..

Passando all'esame del ricorso, si osserva che con i primi due mezzi i ricorrenti censurano - sotto il profilo della violazione di legge e, rispettivamente, sotto il profilo del vizio motivazionale - la statuizione della sentenza gravata che ha disatteso l'eccezione di tardività della contestazione, con riferimento alla prima violazione (addebitata al direttore ed ai componenti ed ex componenti del consiglio d'amministrazione e concernente carenze nell'organizzazione e nei controlli interni); il primo mezzo denuncia il vizio di violazione di legge (riferito alla L. n. 689 del 1981, art. 14); il secondo mezzo denuncia il vizio di omessa motivazione sulla individuazione della data di decorrenza del suddetto termine. Le medesime censure vengono riproposte, nel terzo mezzo di gravame, con riferimento alla statuizione della sentenza gravata che ha disatteso l'eccezione di tardività della contestazione con riferimento alla seconda violazione (addebitata ai componenti del collegio sindacale e concernente carenze nei controlli) e, nel quinto e sesto mezzo di gravame, con riferimento alla situazione della sentenza gravata che ha disatteso l'eccezione di tardività della contestazione con riferimento alla terza violazione (addebitata ai componenti del consiglio d'amministrazione, ai componenti ed ex componenti del collegio sindacale e al direttore e concernente omesse e/o inesatte segnalazioni all'Organo di vigilanza).

E' dunque necessario procedere ad un esame congiunto dei motivi primo, secondo, terzo, quinto e sesto del ricorso, i quali tutti, in sostanza, si dolgono del mancato accoglimento, da parte del giudice territoriale, dell'eccezione di tardività della contestazione ex L. n. 689 del 2001, art. 14.

Al riguardo il Collegio osserva che la sentenza gravata fonda la statuizione di rigetto dell'eccezione di tardività su una doppia ratio decidendi:

- a) in linea di diritto, afferma che negli illeciti permanenti "la previa conoscenza di una siffatta condotta è da ritenersi del tutto irrilevante";
 - b) in linea di fatto argomenta che "l'Amministrazione ha avuto ragionevolmente piena e completa cognizione degli illeciti comportamentali degli organi sociali solo all'esito delle attività ispettive".
- La censura di violazione di legge attinge la prima ratio decidendi, la censura di omessa motivazione attinge la seconda.

Entrambe le censure vanno giudicate fondate.

Per quanto concerne la prima, si osserva che l'assunto della Corte distrettuale secondo cui negli illeciti permanenti il momento in cui l'amministrazione ha avuto conoscenza della relativa sussistenza sarebbe irrilevante ai fini della decorrenza del termine di contestazione di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 14 non trova riscontro nella giurisprudenza di questa Corte.

La natura permanente dell'illecito rileva ai fini del decorso del termine prescrizione di cui alla L. n. 689 del 1981, art. 28, nel senso che tale termine non inizia a decorrere se non dalla cessazione della permanenza (la quale, per cause diverse dalla materiale cessazione della condotta vietata, si verifica soltanto con la notificazione del provvedimento sanzionatorio, cfr. Cass. nn. 6183/83, 5334/88, 143/07, 28652/11); ma non rileva ai fini del decorso del termine di contestazione di cui alla L. n. 689 del 1991, art. 14. A tale ultimo proposito il Collegio ritiene di dare conferma e seguito al principio espresso nelle sentenze di questa Corte nn. 9056/01 e 3535/12 secondo cui, quando non vi sia prova della cessazione della permanenza, il termine di 90 giorni fissato dalla L. n. 689 del 1991, art. 14 per la contestazione dell'illecito decorre dall'accertamento dell'illecito. Erra dunque la Corte di appello nel trarre dalla, pur corretta, premessa che "solo con la notifica del provvedimento sanzionatorio avviene l'interruzione della condotta omissiva" la conclusione (che in sostanza equivale ad escludere gli illeciti permanenti dall'ambito di applicazione della L. n. 689 del 1981, art. 14) che l'accertamento della violazione anteriore alla notifica del provvedimento sanzionatorio sarebbe inidoneo a far decorrere il termine di contestazione dell'illecito. Al contrario, la L. n. 689 del 1981, art. 14, u.c. non esclude gli illeciti permanenti dalla previsione per cui l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue in mancanza di tempestiva notificazione della contestazione (a nulla rilevando, al riguardo, che la contestazione stessa non determini la cessazione della permanenza).

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si palesa fondata la censura di violazione di legge e, quindi, necessario esaminare la censura concernente il difetto di motivazione.

La Corte di appello ha infatti affermato, ed in ciò consiste la seconda delle due rationes decidendi sopra enunciate, che l'accertamento dell'illecito sarebbe compiutamente maturato solo all'esito dell'attività ispettiva; cosicché, essendosi tale attività conclusa il 3.7.09. la contestazione notificata l'11.9.09 risulterebbe tempestiva.



L'affermazione della Corte risulta tuttavia del tutto apodittica, giacchè nella sentenza gravata, da un lato, non viene svolto alcun esame delle argomentazioni spese nell'atto di opposizione dei ricorrenti (e debitamente trascritte, in osservanza dell'onere di autosufficienza, nella nota a pag. 10 del ricorso per cassazione) per dimostrare che i fatti contestati erano noti alla Banca d'Italia fin dall'ottobre 2008 e che da tale epoca, e fino all'aprile 2009, tali fatti avevano formato oggetto di vigilanza informativa; d'altro lato, non vengono indicate le ragioni che sorreggono il giudizio di fatto che solo all'esito dell'attività ispettiva sarebbero stati accertati gli illeciti di cui si discute.

Tanto la censura di violazione di legge quanto quella di vizio di motivazione sulla questione della tardività della contestazione ex L. n. 689 del 1981, art. 14 - veicolate, in relazione alle tre violazioni oggetto dell'impugnato provvedimento sanzionatorio, nei motivi primo, secondo, terzo, quinto e sesto del ricorso - vanno quindi accolte, con assorbimento dei motivi quarto e settimo.

In definitiva la sentenza gravata va cassata con rinvio; spese al merito.

Il termine per la contestazione dell'illecito amministrativo permanente, di
CLAUDIO CICCARELLI

(nota a Cass. 24 marzo 2016, n. 5868)

SOMMARIO: 1. IL CASO; 2. L'ILLECITO AMMINISTRATIVO PERMANENTE E IL TERMINE PER LA CONTESTAZIONE; 3. L'ACCERTAMENTO; 4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1. Il caso. Nel caso di specie la Corte di Cassazione si è pronunciata sulla questione del termine per la contestazione di un illecito permanente nell'ambito di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da parte della Banca d'Italia.

Con delibera n. 448 del 22 giugno 2010, il Direttorio della Banca d'Italia aveva contestato alla Non performing Loans S.p.A.: carenze nell'organizzazione e nei controlli interni da parte dei componenti ed ex componenti del consiglio d'amministrazione e del direttore; carenze nei controlli da parte dei componenti ed ex componenti del collegio sindacale; omesse e/o inesatte segnalazioni all'Organo di vigilanza da parte di componenti del consiglio d'amministrazione, di componenti ed ex componenti del collegio sindacale e del direttore.

Con decreto del 22 ottobre 2012 la Corte d'Appello rigettava l'opposizione proposta ex art. 145, d. lgs. n. 385/1993 avverso la delibera e ritenendo infondata l'eccezione di tardività affermava che:

- 1) in linea di diritto negli illeciti permanenti il momento in cui l'amministrazione ha conoscenza del fatto sarebbe irrilevante ai fini della decorrenza del termine di contestazione;
- 2) in linea di fatto l'amministrazione avrebbe avuto piena e completa cognizione degli illeciti comportamentali degli organi sociali solo all'esito delle attività ispettive.

Con i motivi di ricorso per Cassazione primo, secondo, terzo, quinto e sesto, la duplice *ratio decidendi* della Corte d'Appello veniva censurata sia per violazione di legge, e in particolare dell'art. 14, legge 24 novembre 1981, n. 689, che per omessa motivazione sulla individuazione della data di decorrenza del termine.

La Corte di Cassazione ha accolto i motivi dei ricorrenti relativi ad entrambi gli ordini di censure suindicate cassando con rinvio alla Corte d'Appello di Roma, con sentenza n. 5868 del 24 marzo 2016.

2. L'illecito amministrativo permanente e il termine per la contestazione. Il primo ordine di argomentazioni della Corte d'Appello oggetto di censura concerne la rilevanza dell'accertamento degli illeciti amministrativi permanenti ai fini della decorrenza del termine per la contestazione.

In primo luogo, con riguardo alla nozione di illecito permanente, le principali elaborazioni teoriche derivano dalla dottrina penalistica, la quale definisce illeciti istantanei quelli in cui l'azione antiggiuridica si compie e si realizza definitivamente col verificarsi dell'evento e permanenti gli illeciti in cui, nonostante il realizzarsi dell'evento, gli effetti antiggiuridici non cessano, ma permangono nel tempo per l'impulso di un'intenzionale condotta omissiva o commissiva dell'agente (FIANDACA-MUSCO 2014). La dottrina amministrativistica successiva all'entrata in vigore della legge n. 689/1981, sostanzialmente recependo le categorie elaborate dalla dottrina penalistica nell'alveo dell'illecito

pubblico, ha rilevato una differenza essenzialmente teleologica tra le sanzioni irrogabili: tutela dell'ordine pubblico o funzione preventiva per quelle penali, strumentalità all'efficacia ed effettività dell'azione amministrativa per le altre (PALIERO-TRAVI 1988, NAPOLITANO 2013).

Con riguardo alla contestazione dell'illecito, l'art. 14, legge n. 689/1981 dispone la che violazione deve essere, quando possibile, contestata immediatamente al trasgressore¹ o, quando ciò non è possibile, gli estremi della violazione devono essere comunque notificati entro il termine di novanta giorni dall'accertamento² a pena di estinzione dell'obbligazione³.

Il diritto alla riscossione delle somme dovute è soggetto a prescrizione quinquennale ex art. 28, legge n. 689/1981, decorrente dal giorno in cui è stata commessa la violazione⁴.

Secondo la tesi sostenuta dalla Corte d'Appello, il perdurare dello stato di anti giuridicità conseguente alla commissione di un illecito non permetterebbe al termine iniziale di cui all'art. 14, legge n. 689/1981 di iniziare a decorrere. Da ciò conseguirebbe che nel caso illeciti istantanei, nei quali l'anti giuridicità cessa al momento della commissione del fatto, il termine per la contestazione dovrebbe decorrere dal momento successivo in cui si realizza l'accertamento, mentre per quelli permanenti, in cui l'anti giuridicità non si esaurisce al momento della commissione del fatto, la contestazione potrebbe avvenire in ogni momento, almeno fintanto che non vi sia prova della cessazione della

¹ Art. 14, comma 1, legge n. 689/1981: *“La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa”*.

² Art. 14, comma 2, legge n. 689/1981: *“Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento”*.

³ Art. 14, comma 6, legge n. 689/1981: *“L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nel cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto”*.

⁴ Art. 28, comma 1, legge n. 689/1981: *“Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione”*.

permanenza, con la conseguente sostanziale «*irrilevanza*» dell'accertamento anteriore⁵.

Il perdurare dello stato di antigiuridicità è sicuramente un elemento rilevante ai fini del decorso del termine della prescrizione ex art. 28, l. 689/1981, il quale, identificando il *dies a quo* nel giorno in cui è stata commessa la violazione, induce a distinguere tra illeciti istantanei e illeciti permanenti⁶.

Tuttavia la diversità tra le fattispecie previste dagli artt. 28 e 14, l. n. 689/1981 è immediatamente apprezzabile se si considera che, mentre il *dies a quo* per la prescrizione decorre dal momento della cessazione dell'antigiuridicità, da cui la necessità di tener conto della natura istantanea o permanente dell'illecito, il termine iniziale per la contestazione viene invece individuato nell'accertamento, il quale costituisce un'attività propria della pubblica amministrazione e indifferente alla natura dell'illecito accertato (GAROFOLI-FERRARI 2016).

La tesi della Corte d'Appello viene infatti smentita dalla Corte di Cassazione che, maggiormente attenta ad una interpretazione letterale e sistematica del dato normativo, riconosce proprio nell'accertamento dell'illecito il *dies a quo* per la decorrenza del termine, non prevedendo l'art. 14, comma 6, legge 689/1981 alcuna deroga in base alla natura dell'illecito.

Il principio sancito dalla Suprema Corte quindi è quello secondo cui, quando non vi sia prova della cessazione della permanenza, il termine di novanta giorni per la contestazione previsto dall'art. 14, legge n. 689/1981, decorre dall'accertamento dell'illecito.

⁵ La tesi prende erroneamente le mosse da un filone giurisprudenziale che si era sviluppato intorno alla diversa fattispecie di cui all'art. 28, l. n. 689/1981. Rispetto al termine di prescrizione si rinviene spesso nelle parole della giurisprudenza che la cessazione dell'antigiuridicità si verifica solo con la materiale cessazione della condotta o con la notifica del provvedimento sanzionatorio e pertanto il mero accertamento del fatto è sicuramente «*irrilevante*». Si veda Cass., Sez. II, 23 dicembre 2011, n. 28652.

⁶ Per gli illeciti penali tale principio è sancito espressamente dall'art. 158, comma 1, c.p.: «*Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente, dal giorno in cui è cessata la permanenza*». Sull'applicabilità del principio generale alle sanzioni amministrative si veda Cass., Sez. trib., 7 marzo 2012 n. 3535.

Entro tale termine è sufficiente che l'atto sia spedito e non è necessario che sia stato al contempo ricevuto dal destinatario (VALERIO, 2016).

3. L'accertamento. Il secondo ordine di argomentazioni della Corte d'Appello oggetto di censura attiene al momento in cui si è realizzato l'accertamento del fatto, che viene fatto coincidere nel momento in cui si è conclusa l'attività ispettiva.

La Suprema Corte dichiara invece la sentenza viziata per difetto di motivazione nella parte in cui non è stato svolto alcun esame delle argomentazioni espresse con l'atto di opposizione, secondo il quale l'accertamento si era realizzato in un momento anteriore alla conclusione dell'attività ispettiva.

In linea di diritto il procedimento sanzionatorio ha inizio soltanto con la formale contestazione del fatto, dovendo considerarsi l'attività anteriore, volta all'acquisizione e valutazione dei fatti, estranea al procedimento amministrativo (CAPACCIOLI 1982, MATTARELLA 1996).

Ciononostante, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'art. 14, legge n. 689/1981, non comporta l'automatica predeterminazione del limite temporale del procedimento di verifica per l'accertamento dell'infrazione (QUARANTA 2014), dovendo questo essere individuato caso per caso⁷.

Per identificare correttamente il momento in cui si realizza l'accertamento si rende necessario prendere le mosse dalla *ratio* sottesa all'art. 14, cioè, in parte, quella di garantire il diritto di difesa del destinatario tramite l'instaurazione del contraddittorio al momento della contestazione⁸, e, in altra parte, quella di

⁷ Tra le altre si veda Cass., Sez. Lav., 8 agosto 2005, n. 16642.

⁸ Già l'atto di notificazione dell'infrazione deve contenere una descrizione del fatto tale da assicurare la tempestiva difesa dell'interessato. Dalla contestazione decorre il termine per far pervenire scritti difensivi e per chiedere di essere sentiti dall'autorità ex art. 18 l. n. 689/1981. La contestazione ha effetto preclusivo sia della possibilità di addebitare ulteriori o diverse infrazioni nei confronti del medesimo soggetto e per il medesimo fatto, sia della possibilità di irrogare sanzioni non corrispondenti all'infrazione contestata. Il principio del contraddittorio è inoltre espressamente previsto dall'art. 24 legge n. 262/2005, dall'art. 145, d. lgs. n. 385/1993 e dall'art. 195, d. lgs. n. 58/1998 e trova attuazione nel provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012 che regola la procedura sanzionatoria.

evitare di frustrare i possibili esiti di attività investigative aventi ad oggetto fatti complessi di difficile percezione e valutazione (RORDORF 2010)⁹.

La giurisprudenza sul punto ritiene che «*la pura “contestazione” dei fatti nella loro materialità non coincide necessariamente con l’“accertamento” (dies a quo del termine entro cui deve far seguito la contestazione) poiché vi sono ambiti, [...] che richiedono valutazioni complesse non effettuabili nella immediatezza della percezione*»¹⁰.

Dunque la contestazione si perfeziona con l'acquisizione, da parte dell'autorità competente ad accertare, di tutti i dati afferenti gli elementi oggettivo e soggettivo della violazione e con la indispensabile valutazione di questi (RAUSEI 2005)¹¹.

Ciò rimette all'amministrazione un certo margine di flessibilità nella individuazione del *dies a quo*, non potendo l'accertamento essere considerato realizzato fintanto che sia necessario dar luogo ad ulteriori riscontri volti all'acquisizione di informazioni, né fintanto che non si sia esaurito quello *spatium deliberandi* che viene richiesto dalla natura dell'infrazione¹².

Questo non implica l'arbitrio dell'amministrazione (MATTARELLA 1996)¹³.

L'accertamento deve comunque essere effettuato entro un tempo ragionevole e in sede di opposizione il giudice è abilitato a individuare il momento iniziale del termine per la contestazione non nel giorno in cui la valutazione è stata compiuta, ma in quello in cui avrebbe potuto – e quindi dovuto – esserlo (FIDONE 2010, GRASSO 2011).

⁹ In quest'ottica la stessa partecipazione al procedimento dell'interessato può essere considerata strumentale all'ottenimento da parte dell'amministrazione del maggior numero di informazioni utili ai fini della decisione.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 9 marzo 2007, n. 5395.

¹¹ Per la giurisprudenza si veda Cass., Sez. II, 18 aprile 2007, n. 9311. Nel caso di attività ispettive svolte dalla Banca d'Italia e di successivo invio del *report* alla Consob, soggetto competente all'irrogazione della sanzione, la giurisprudenza ha fatto decorrere il termine dal momento dell'accertamento del fatto da parte della seconda, si veda Cass., 19 maggio 2004 n. 9456.

¹² Cass., 28 aprile 1992, n. 5052.

¹³ Ciò a maggior ragione se si considera che nell'esercizio del potere sanzionatorio la Banca d'Italia non gode di alcuna discrezionalità sull'*an*, essendo obbligata ad iniziare il procedimento una volta che ravvisi gli estremi di un illecito sanzionabile.

4. Considerazioni conclusive. Con la pronuncia in esame la Corte di Cassazione ha ritenuto di applicare anche alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia un orientamento che aveva iniziato a farsi spazio già con riferimento a sanzioni amministrative irrogate da altre autorità¹⁴.

Senza abbandonare l'impostazione tradizionale, che sull'operato dell'amministrazione finalizzato all'individuazione del termine riconosce al giudice in sede di opposizione un controllo poco penetrante, la fissazione del *dies a quo* dal momento dell'accertamento sembra maggiormente in linea con la funzione di garanzia che la contestazione svolge (CLARICH-ZANETTINI 2013).

La Banca d'Italia può necessitare di un lasso di tempo considerevole e da commisurare alle peculiarità del caso concreto per giungere ad un quadro di insieme che le permetta di avere una percezione piena dell'illecito. Ciò implica una prima fase di raccolta e acquisizione delle informazioni a cui segue una fase valutativa che dovrebbe culminare nell'accertamento e nella successiva contestazione (CLARICH-CAMILLI, 2007).

La complessità soggettiva e oggettiva delle condotte poste in essere possono rendere particolarmente difficile sia la raccolta di informazioni tramite ispezioni e richieste di documenti, sia la successiva fase valutativa di quanto raccolto, la quale deve concludersi con la corretta individuazione dei soggetti coinvolti, della fattispecie contestata e degli addebiti mossi alle parti.

Tuttavia se è vero che la fase anteriore alla contestazione vede la Banca d'Italia sottratta alle incombenze derivanti dall'obbligo del contraddittorio, allora si rende auspicabile l'individuazione di un termine per l'inizio del procedimento quanto più certo possibile, così che la compressione dei diritti difensivi della parti possano essere ridotti esclusivamente per il tempo strettamente necessario per addivenire all'accertamento.

Non potrebbe considerarsi conforme a tale impostazione l'ipotesi in cui l'amministrazione accerti pienamente un illecito permanente ma, non potendo

¹⁴ Tra le tante si veda Cass., Sez. I., 5 luglio 2001, n. 9056 in tema di escavazione abusiva di sabbia e Cass., Sez. trib., 7 marzo 2012, n. 3535 in tema di costruzioni in prossimità della linea doganale in mancanza di autorizzazione.

decadere dall'esercizio del potere sanzionatorio, rimandi ad un momento futuro ed incerto la contestazione.

Riferimenti bibliografici

- CAPACCIOLI E., *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982.
- CLARICH M., CAMILLI E.L., *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di Cassazione*, in *Giur. comm.*, 2007, IV, 1161.
- CLARICH M., ZANETTINI L., *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. Comm.*, 2013, II, 358.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014
- FIDONE G., *Il giudizio di opposizione alle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia ex art. 195 del d. lgs. 58/1998*, in *Giur. comm.*, 2010, VI, 1056.
- GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2016.
- GRASSO L., *La Corte d'Appello di Torino promuove il procedimento sanzionatorio della Consob ma annulla le sanzioni per il ritardo nella contestazione*, in *Giur. comm.*, II, 2011, 409.
- MATTARELLA B. G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1996, II, 679.
- NAPOLITANO G., *Manuale dell'illecito amministrativo: depenalizzazione e funzione sanzionatoria della pubblica amministrazione: principi, procedimento, processo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.
- PALIERO C. E. e TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.
- QUARANTA E., *La decadenza dal potere sanzionatorio della Consob*, in *Società*, 2014, VI, 719.
- RAUSEI P., *Sulla decorrenza della contestazione dell'illecito dopo l'accertamento*, in *Dir. relaz. ind.*, 2005, I, 180.
- RORDORF R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, Società, 2010, VIII, 981.
- VALERIO F., *Contestazione di addebito dalla Consob: si applica il principio di scissione degli effetti della notificazione?*, in *Diritto e giustizia*, 2016, VIII, 19.

