

## **Società pubbliche, separazione contabile obbligatoria ma non per tutti**

*Tratto da Il Sole 24 ore - Enti Locali & Edilizia del 12.4.2021*

di Harald Bonura e Davide Di Russo

In breve

Doppi confini per individuare le aziende che possono evitare i nuovi obblighi

È molto acceso in questi giorni il dibattito sull'ambito soggettivo dell'obbligo di separazione contabile previsto per le società a controllo pubblico in base all'articolo 6, comma 1 del Dlgs 175/2016, in virtù della prossima applicazione della direttiva sulla separazione contabile emanata il 9 settembre 2019 dal Mef: direttiva operativa dai bilanci successivi a quello in corso al 31 dicembre 2019, come spiega l'articolo 14 del Tusp.

L'articolo 6, comma 1, del testo unico stabilisce che «le società a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività». La Direttiva, all'articolo 1, ribadisce (riproducendo pressoché alla lettera l'articolo 6, comma 1) che le sue disposizioni si applicano alle società a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 287/1990.

Sempre la direttiva definisce (articolo 2, lettere d) ed e) diritto esclusivo e diritto speciale come il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, con l'effetto di riservare – rispettivamente - a un unico operatore economico («diritto esclusivo») o a due o più operatori economici («diritto speciale») l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività: si tratta, all'evidenza, di attività svolte in regime di monopolio o autorizzatorio.

A questo punto, occorre focalizzare l'attenzione sul fatto che sia la norma primaria sia la direttiva dichiarano espressamente di porsi in funzione derogatoria dell'obbligo previsto dall'articolo 8, comma 2-bis della legge antitrust 287/1990. L'articolo 8 della legge antitrust, al comma 2-bis prevede che «Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate»; e le imprese di cui al comma 2 sono quelle che «per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato».

Dunque, secondo la legge antitrust, le imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale oppure operano in regime di monopolio sul mercato, se intendono svolgere anche attività su mercati diversi da quelli in cui agiscono in virtù di detti diritti speciali o esclusivi, possono farlo solo attraverso società separate (principio della «separazione societaria»).

Quindi, l'effetto (e la ratio) dell'articolo 6, comma 1 del Tusp è di introdurre una deroga all'obbligo di separazione societaria (imposta dalla legge antitrust) la quale ultima – di conseguenza – degrada a separazione meramente "contabile". Il tutto, evidentemente, in chiave semplificatoria, per evitare i costi che discenderebbero dalla duplicazione di soggetti giuridici; duplicazione che, peraltro, si porrebbe in contrasto con i principi e criteri direttivi cui il testo unico è chiamato a conformarsi, vale

a dire quello di favorire soluzioni aggregative di società partecipate da amministrazioni pubbliche, per addivenire a una riduzione di costi e cariche.

A questo punto, è possibile tirare le somme: se l'articolo 6, comma 1, del Tusp (e quindi, necessariamente, la direttiva, la quale ovviamente non può avere un raggio di azione più ampio, in quanto norma secondaria) deroga, in chiave di favor per le società a controllo pubblico, all'articolo 8, comma 2-bis della legge antitrust, è evidente che esso – dovendo essere interpretato alla luce della norma derogata – introduce l'obbligo di separazione contabile non per tutte le società a controllo pubblico titolari di diritti speciali o esclusivi generalmente intesi (non ultimo, dalla Direttiva), bensì solo rispetto a quelle che (in assenza dell'articolo 6, comma 1, del Tusp) sarebbero tenute alla separazione societaria perché ricadrebbero nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, comma 2-bis: quindi, solo le società a controllo pubblico (titolari di diritti speciali o esclusivi derivanti dal fatto) che «per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato».

Pertanto, se una società gestisce servizi di interesse generale non economico (articolo 2, comma 1, lettera i), del Tusp), ancorché in forza di disposizione di legge, oppure gestisce servizi di interesse economico generale non per disposizione di legge (sia pure nell'interpretazione "ampia" fornita a tale inciso dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato), non è tenuta ad adottare la contabilità separata, posto che, a monte, neppure sarebbe stata tenuta alla separazione societaria.

Manca però un tassello.

Il Dlgs 333/2003 (Attuazione della direttiva 2000/52/CE, che modifica la direttiva 80/723/Cee relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese) stabilisce l'obbligo di tenere una contabilità separata per «ogni impresa che fruisce di diritti speciali o esclusivi riconosciuti da uno Stato membro a norma dell'articolo 86, paragrafo 1, del trattato [oggi art. 106 TFUE] o è incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato [oggi art. 106 TFUE], che riceve compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico in relazione a tali servizi e che esercita anche altre attività».

Sono però escluse dall'obbligo di contabilità separata (comma 9, Dlgs 333/2003) – tra l'altro – le imprese pubbliche, per quanto riguarda la prestazione di servizi che non sono atti a incidere sensibilmente sugli scambi fra gli Stati membri e quelle il cui fatturato netto totale annuo non ha raggiunto 40 milioni di euro negli ultimi due esercizi finanziari precedenti a quello dell'assegnazione o dell'utilizzazione delle risorse (per gli enti creditizi pubblici, questa soglia corrisponde a un bilancio totale pari a 800 milioni di euro).

Pertanto, il quadro – allo stato – può essere così ricostruito:

- (i) le società a controllo pubblico che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato sono chiamate ad adottare la contabilità separata ai sensi dell'articolo 6, comma 1, del Tusp;
- (ii) le società a controllo pubblico titolari di diritti speciali o esclusivi che non rientrano tra quelle sub (i) sono invece tenute ad adottare la contabilità separata in base al Dlgs 333/2003, a meno che non rientrino nelle esclusioni previste dall'articolo 9 (essendo impensabile – anche per evitare che il legislatore incorresse in un eccesso di delega – che il primo comma dell'articolo 6 del Tusp avesse un intento implicitamente derogatorio anche delle previsioni del Dlgs 333/2003).

Infine, una postilla in ordine alle concrete modalità di adozione della contabilità separata da parte delle società a controllo pubblico sub (i) e, quindi, sull'estensione applicativa della direttiva. L'articolo

15, comma 2, del Tusp precisa che la struttura istituita presso il Mef in base al comma 1, adotta nei confronti delle società a controllo pubblico le direttive sulla separazione contabile «Fatte salve le norme di settore e le competenze dalle stesse previste». Ciò significa che la direttiva andrà applicata dalle società a controllo pubblico che rientrano tra quelle sub (i) sempreché queste non esercitino attività rientranti nell'ambito di regolazione di una specifica autorità indipendente, nel qual caso saranno tenute ad adottare la separazione contabile secondo le indicazioni eventualmente rese da quest'ultima nell'esercizio delle proprie competenze (fatte espressamente salve dall'articolo 15, comma 2, del Tusp).