



studiolegaleassociato

di diritto amministrativo urbanistico e degli enti locali

Avv. Andrea Di Lascio

Avv. Saul Monzani

Spett.le
Uniacque s.p.a.
Via Novelli, 11
24122 BERGAMO

A mezzo di posta elettronica

Uniacque s.p.a.

(Parere in merito al procedimento di aggregazione delle società patrimoniali)

1. Premessa. Oggetto del parere.

Con il presente parere, s'intende illustrare, nei suoi termini essenziali, l'ipotesi prospettata di proseguire nel processo di realizzazione della gestione unica d'ambito tramite la fusione per incorporazione in Uniacque s.p.a. delle società c.d. patrimoniali, in quanto proprietarie delle reti ed infrastrutture riguardanti il perimetro del servizio idrico integrato, tuttora esistenti nel territorio dell'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Bergamo

Da tale punto di vista, sempre in sede di premessa, pare utile ricordare come la disciplina in tema di organizzazione del servizio idrico integrato di cui al Codice dell'ambiente sia stata di recente modificata ad opera della legge n. 164/2014, la quale, tra le altre cose, ha previsto la necessità di conseguire la "unicità" della gestione d'ambito, in luogo della precedente "unitarietà" (art. 147, comma 2, lett. b), nonché, proprio a tale scopo, ha posto un termine perentorio per l'affidamento in regime di concessione d'uso gratuita delle infrastrutture afferenti il servizio idrico integrato al gestore d'ambito, corredando tale disposizione con la previsione di un sistema di poteri sostitutivi e con l'affermazione che un'eventuale inottemperanza comporta responsabilità erariale (art. 153, comma 1).



2. Le caratteristiche dell'operazione di fusione per incorporazione.

La procedura di fusione è regolata dagli artt. 2501 e ss. del codice civile, ove viene previsto che la fusione di più società può avvenire mediante la costituzione di una nuova società o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre.

La forma di fusione che interessa considerare nella presente sede è proprio l'ultima citata, ovvero quella per incorporazione la quale, in via di prima approssimazione comporta che la società incorporante (nel caso Uniacque s.p.a.) conserva la propria soggettività giuridica, mentre quella incorporata (nel caso la società c.d. patrimoniale) si estingue. A tale scopo, le azioni (o le quote) della incorporata vengono annullate e, in sostituzione, vengono assegnate ai soci azioni della società incorporante , nella misura determinata in base al rapporto di cambio.

Le fasi fondamentali del processo di fusione (per incorporazione) sono le seguenti:

- Progetto di fusione: l'organo di amministrazione delle società partecipanti alla fusione redigono un progetto di fusione che, ai sensi dell'art. 2501-ter c.c., deve obbligatoriamente indicare: 1) il tipo, la denominazione, la ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione; 2) l'atto costitutivo della società incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione; 3) il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in danaro; 4) le modalità di assegnazione delle azioni della società incorporante; 5) la data dalla quale tali azioni partecipano agli utili; 6) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società incorporante; 7) il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni; 8) i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla fusione.

Il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione. In alternativa al deposito presso il registro delle imprese, il progetto di fusione è pubblicato nel sito Internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione.

Tra l'iscrizione o la pubblicazione nel sito Internet del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime.



studiolegaleassociato

- Redazione della situazione patrimoniale: l'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione redige, con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, la situazione patrimoniale delle società stesse, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito Internet di questa. La situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione. La situazione patrimoniale non è richiesta se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipanti alla fusione (art. 2501-*quater* c.c.).
- Relazione dell'organo amministrativo: l'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione deve predisporre una relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione e in particolare il rapporto di cambio delle azioni o delle quote. La relazione deve indicare i criteri di determinazione del rapporto di cambio (art. 2501-*quinquies* c.c.).
- Relazione degli esperti: uno o più esperti per ciascuna società redigono una relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote, che indichi: a) il metodo o i metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio proposto e i valori risultanti dall'applicazione di ciascuno di essi; b) le eventuali difficoltà di valutazione. La relazione deve contenere, inoltre, un parere sull'adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio e sull'importanza relativa attribuita a ciascuno di essi nella determinazione del valore adottato (art. 2501-*sexies* c.c.).
- Deposito degli atti: devono restare depositati in copia nella sede delle società partecipanti alla fusione ovvero pubblicati sul sito Internet delle stesse, durante i trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime, e finché la fusione sia decisa: 1) il progetto di fusione con le relative relazioni; 2) i bilanci degli ultimi tre esercizi delle società partecipanti alla fusione, con le relazioni dei soggetti cui compete l'amministrazione e la revisione legale; 3) le situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione (art. 2501-*septies* c.c.).
- Delibera di fusione: La fusione è decisa da ciascuna delle società che vi partecipano mediante approvazione del relativo progetto. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, tale approvazione avviene secondo le norme previste per la modificazione



dell'atto costitutivo o statuto. La decisione di fusione può apportare al progetto solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi (art. 2502 c.c.).

- Deposito e iscrizione della decisione di fusione: la deliberazione di fusione delle società coinvolte, con i relativi allegati, deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese. Il notaio che ha verbalizzato la deliberazione, entro trenta giorni, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese contestualmente al deposito e allega le eventuali autorizzazioni richieste. L'ufficio del registro delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la delibera nel registro. La deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione (art. 2502-*bis*; art. 2436 c.c.).

- Opposizione dei creditori: La fusione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'iscrizione

della delibera, a meno che intervenga il consenso dei creditori delle società che vi partecipano o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso o il deposito delle somme corrispondenti presso una banca e salvo che la relazione degli esperti sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori (art. 2503 c.c.).

- Effetti della fusione (per incorporazione): La società incorporante assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione (art. 2504-*bis* c.c.).

3. La possibilità di creare azioni di diversa natura.

Come si è già avuto modo di rilevare, l'operazione di fusione per incorporazione comporta che le azioni (o le quote) della società incorporata vengono annullate e, in sostituzione, vengono assegnate ai soci azioni della società incorporante, nella misura determinata in base al rapporto di cambio.

A tal proposito, occorre specificare che, se per principio generale le azioni devono essere di uguale valore e conferire ai loro possessori uguali diritti, tuttavia, ai sensi dell'art. 2348 c.c., è possibile creare, attraverso una modificazione dello statuto, categorie di azioni fornite di diritti diversi. In tal caso la società, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare



studiolegaleassociato

il contenuto delle azioni delle varie categorie, fermo restando che tutte le azioni appartenenti ad una medesima categoria conferiscono uguali diritti.

Così, le azioni della società incorporante attribuite in luogo delle azioni o quote delle società incorporate possono fare parte di una particolare categoria che, in quanto tale, determini l'attribuzione di diritti sociali nella maniera e misura specifica prevista in statuto.

Ciò consentirebbe, in altri termini, di creare un particolare tipo di azioni che, ad esempio, non alterino i meccanismi di controllo "analogo" (di cui è dotata Uniacque s.p.a. ai fini di giustificare l'affidamento diretto della gestione d'ambito del servizio idrico integrato), non attribuendo alcuna prerogativa in tal senso ai loro possessori.

In tale prospettiva, aspetto determinante è assunto dalle regole statutarie vigenti che disciplinano la formazione dell'organo cui sono assegnati i poteri di controllo analogo, le quali non debbono essere sottoposte a revisione nell'ambito dell'operazione da intraprendere al fine di non porre in dubbio la continuità ed effettività dei presupposti in base ai quali è stato conferito il contratto di servizio secondo il modello c.d. *in house providing*; pertanto, le azioni particolari emesse con l'aumento di capitale necessario per corrispondere ai soci delle società incorporate i valori di concambio non dovranno essere munite del diritto di voto per l'elezione dei componenti del C.i.s.c. della società Uniacque.

4. La natura del servizio idrico integrato e dei beni ed infrastrutture funzionali allo stesso.

Nel determinare il rapporto di concambio tra azioni della società incorporante (Uniacque s.p.a.) e azioni/quote delle società incorporate (le c.d. patrimoniali), occorrerà anche tenere presente la natura ormai non redditizia (o, per meglio dire, remunerativa) del servizio idrico integrato nonché, per ciò che concerne le società eventualmente da incorporare, la natura demaniale dei beni ed infrastrutture funzionali alla gestione di tale servizio.

Dal primo punto di vista, si consideri che l'art. 154, comma 1, del Codice dell'ambiente, a seguito dell'esito del referendum popolare del 12-13 giugno 2011, è stato abrogato dal d.P.R. n. 116/2001, con riferimento alla parte in cui esso prevedeva tra i criteri da considerare per la determinazione della tariffa "*l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*",

La Corte costituzionale, nell'ammettere il quesito referendario volto all'eliminazione dell'inciso predetto, ha sottolineato, nella sentenza del 26 gennaio 2011, n. 26, come tale quesito, su cui il corpo elettorale si è espresso favorevolmente, fosse finalizzato "*a rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua*".



studiolegaleassociato

In tale quadro, la determinazione della tariffa, i cui criteri sono previsti nelle deliberazioni dell'Autorità di settore (AEEGSI), tiene conto della necessità di pervenire ad una **mera copertura dei costi** della gestione operativa dei servizi nonché di quelli legati alla realizzazione di investimenti funzionali al servizio stesso.

Dal secondo punto di vista, si tenga conto che, come previsto dall'art. 143, comma 1, del Codice dell'Ambiente, gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del **demanio pubblico** ai sensi degli artt. 622 ss. del codice civile, essendo pertanto inalienabili e non potendo essere oggetto di diritti di terzi, se non nei casi e nei modi previsti dalla legge .

In tema, la (nota) sentenza della Corte costituzionale, n. 320 del 25 novembre 2011, ha proprio statuito che *"le infrastrutture idriche rientrano...nel demanio accidentale pubblico...con conseguente **divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica**"* e, quindi, non passibili di commercializzazione.

Ne consegue, per quanto riguarda l'aspetto che preme sottolineare nella presente sede, che il rapporto di concambio dovrà ragionevolmente essere informato a criteri di natura più "pubblicistica" che commerciale, tenendo conto delle particolari caratteristiche appena accennate del servizio idrico integrato e dei beni strumentali allo stesso.

5. Considerazione dell'operazione di fusione per incorporazione rispetto all'obbligo normativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie.

L'operazione proposta, nei termini in precedenza succintamente descritti, consentirebbe anche agli enti locali proprietari delle azioni o quote delle società c.d. patrimoniali di ottemperare all'obbligo normativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie più volte introdotto dal legislatore.

Infatti, in un primo momento, l'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008), ha previsto che gli enti locali, tra gli altri, non possono costituire o mantenere le partecipazioni in società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi **non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali**, con conseguente obbligo di dismissioni delle partecipazioni non consentite.

Di recente, la legge n. 190/2014 (legge di stabilità per il 2015) ha ribadito, all'art. 1, comma 611, un obbligo di riduzione delle partecipazioni societarie secondo i seguenti principi: a)



studiolegaleassociato

eliminazione delle società e delle partecipazioni non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) **eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;** d) **aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;** e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

In particolare, considerando che, per espressa ed inequivocabile volontà legislativa, il singolo ente locale non detiene più alcuna competenza in materia di servizio idrico integrato, le quali competenze state state trasferite all'ente di governo dell'ambito (art. 147, comma 1, Codice dell'ambiente), potrebbe risultare non agevole giustificare la permanenza di una partecipazione societaria facente riferimento ad un settore, quello appunto del servizio idrico, non più rientrante nelle finalità istituzionali del singolo comune.

Così, pare evidente che la realizzazione dell'operazione descritta succintamente nella presente sede sia in grado di realizzare gli obiettivi imposti dal legislatore, sia sotto il profilo dell'unicità della gestione del servizio idrico integrato su base territoriale ottimale, sia dal punto di vista dell'obbligo di riduzione della partecipazione societarie, così da potersi mettere al riparo da eventuali contestazioni da parte della Corte dei conti, cui deve essere inviata (entro il 31 marzo 2015) il piano operativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie e cui deve essere illustrato (entro il 15 marzo 2016) lo stato di attuazione del programma stesso.

Bergamo, 22 gennaio 2015.

(Avv. Andrea Di Lascio)

(Avv. Saul Monzani)