

ISSN 2612-5056

Diritto e politica dei trasporti
rivista semestrale *open access*
di dottrina, giurisprudenza
e documentazione

Fascicolo II/2020

Promossa da

demetra
CENTRO STUDI

Anno 3, n. 5 (II-2020)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi "G. Marconi" di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

info@demetracentrostudi.it

www.demetracentrostudi.it/



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione.

Vietate la vendita e la modifica.

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra

Pubblicato nel mese di marzo 2021

Comitato di direzione/Executive Editors

Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)

Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)

Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" – Roma e Centro Studi Demetra)

Comitato scientifico, tecnico e di valutazione/Scientific, Technical and Referees' Board

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)

Prof. Marco Calabrò (Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Prof. Antonio Catricalà (Università "Link Campus University" - Roma)

Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università "G. Marconi" - Roma)

Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)

Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)

Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)

Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)

Prof. Alberto Empananza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)

Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)

Prof. Fabio Francario (Università di Siena)

Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" – Roma e Centro Studi Demetra)

Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)

Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)

Avv. Valentina Lener (Assaeroporti)

Prof. Mario Libertini (Università "Sapienza" - Roma)

Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)

Prof. Sergio Marchisio (Università "Sapienza" - Roma)

Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)

Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)

Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)

Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")

Prof. Aristide Police (Università "Tor Vergata" - Roma)

Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)

Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)

Prof. Mario Sebastiani (Università "Tor Vergata" - Roma)

Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)

Prof. Franco Gaetano Scoca (Università "Sapienza" - Roma)

Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università per Stranieri "Dante Alighieri" - Reggio Calabria)

Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Dott.ssa Flaminia Aperia Bella

Prof.ssa Annarita Iacopino

Dott. Marco Ragusa

Avv. Patrizia Beraldi

Prof.ssa Maria Assunta Icolari

Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti

Avv. Luigi De Propriis

Avv. Emanuela Lanzi

Dott.ssa Ersilia Sanginario

Avv. Marco Di Giugno

Dott. Antonio Mitrotti

Avv. Francesco Scalia

Avv. Fabrizio Doddi

Avv. Andrea Nardi

Prof.ssa Martina Sinisi

Dott. Simone Francario

Dott. Simone Paoli

Dott.ssa Veronica Sordi

Avv. Raissa Frascella

Avv. Anton Giulio Pietrosanti

Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (redazione@dirittopoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un *abstract* in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
 - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
 - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
 - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
 - d) che l’Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi. Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli “estratti” con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell’apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address (redazione@dirittopoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) *abstract* in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
 - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
 - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
 - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
 - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Indice

Fascicolo II/2020

RICORDO DI ANTONIO CATRICALÀ

PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

Francesco Gaspari

ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

Norberto E. Luongo

Recent Developments in the ICAO Settlement of Disputes Mechanism pag. 102

Francesco Gaspari

La tutela del diritto fondamentale alla mobilità e le esigenze di contenimento della spesa pubblica
tra fallimenti della globalizzazione (e del mercato) e “ritorno alla sovranità” pag. 123

Alessandro Torello

Libre circulación de mercancías y digitalización en la Unión Europea y en el Mercosur pag. 134

Ilaria Pavan

Vicende societarie nelle società concessionarie della gestione degli aeroporti pag. 148

NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

Giuseppina Agata Di Guardo

Il delicato rapporto tra compensazione pecuniaria e risarcimenti supplementari nel Regolamento
(CE) n. 261/2004: obblighi di protezione e diritti dei passeggeri pag. 155

Articoli e Saggi

Vicende societarie nelle società concessionarie della gestione degli aeroporti*

Ilaria Pavan

Funzionario ENAC, abilitata alla professione forense, specializzata alla SSPL

Abstract

Corporate events in airport management concessionaires

The private sector led the airport management. The privatization was decided by law but did not occur uniformly, as there are companies fully owned by the private sector and companies owned by the public and private sector where the public sector owns the minority, majority or total part of the shares. The latter are considered government-owned companies and therefore subject to a different regulation. Two recent cases show how the different regulation influences the company's operations, particularly the transfer of shares takes place in a different way depending on whether the transferor shareholder is a public or private entity.

Key words: airport management, privatization, airport concessions, company's operation, transferor shareholder

Sommario — 1. La privatizzazione delle società di concessioni aeroportuali — 2. Due recenti casi di operazioni societarie — 3. Il ruolo delle Autorità vigilanti — 4. Riflessioni sulle procedure di cessione delle partecipazioni societarie — 5. Conclusioni

1. La privatizzazione delle società di concessioni aeroportuali

La gestione delle concessioni aeroportuali è affidata, per volontà del legislatore, alle società di capitali in quanto il modello societario è stato ritenuto quello che meglio potesse amministrare gli aeroporti nazionali. Con la Legge 24 dicembre 1993 n. 537¹ si

* Sottoposto a referaggio

¹ È infatti con la legge 24 dicembre 1993 n. 531 che vengono adottate le prime disposizioni di carattere programmatico, allo scopo di avviare un processo di riforma delle attività di gestione dei servizi e di realizzazione delle infrastrutture aeroportuali. A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico - Lezioni, casi e materiale*, Torino, 2009.

è avviato il percorso di privatizzazione² che ha interessato l'intero settore; l'art.10 comma 13 ha disposto la costituzione di società di capitali per la gestione dei servizi e infrastrutture degli aeroporti la cui attuazione è avvenuta con l'emanazione del Decreto Ministeriale 12 novembre 1997 n. 521. In particolare, l'art.2 del DM 521/97 "*Natura e soci delle società di gestione*"³ prevede che le società di gestione aeroportuale siano costituite esclusivamente sotto la forma di società di capitale secondo la disciplina del codice civile. Il comma 2 dell'art. 2 DM 521/97 dispone che la scelta del socio privato di maggioranza debba avvenire sulla base di procedure ad evidenza pubblica attivate mediante un confronto concorrenziale determinato in base alle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533. La procedura ad evidenza pubblica è richiesta per la scelta del socio privato quando si costituisce la società di gestione, diversamente il comma 3 dello stesso articolo disciplina l'ipotesi della cessione delle quote di maggioranza nelle società già costituite e richiede che la cessione avvenga con procedure trasparenti e non discriminatorie così come previsto dalla Legge 30 luglio 1994, n. 474. La cessione di quote di maggioranza è regolamentata in modo diverso nelle due fattispecie mentre la cessione di quote minoritarie non ha avuto un'espressa regolamentazione. Il Comitato Consultivo Tecnico Economico e Giuridico dell'ENAC nel parere del 10 luglio 2001 ha riconosciuto che la procedura trasparente e non discriminatoria fosse necessaria anche quando la cessione alprivatoriguardi quote di minoranza che producano però dei mutamenti della maggioranza nella società⁴.

Proprio su tali aspetti il DM 521/97 si è trovato a confrontarsi con l'emanazione del D.Lgs. 19 agosto 2016 n.175, d'ora in avanti TUSPP, con il quale il legislatore ha voluto uniformare la disciplina delle società a partecipazione pubblica sottolineando come la gestione delle partecipazioni societarie della Pubblica Amministrazione deve essere orientata ai principi di efficienza, della tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché della razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. Il TUSPP si applica a tutte le società a partecipazione pubblica con la necessità, non sempre facile, di coordinarsi con le specifiche discipline di settore.

L'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato nella segnalazione AS1394 del 5 luglio 2017, si è espressa proprio su tale aspetto, invitando le Autorità competenti a

² Per un quadro generale sui processi di privatizzazione si veda S. CASSESE, La nuova costituzione economica, Roma-Bari, 2011, in particolare E. FRENI, *Le privatizzazioni*, ivi p. 217 ss.

³ Decreto Ministeriale 12 novembre 1997 n.521, art. 2 ("*Natura e soci delle società di gestione aeroportuale*"): "1. Le società di gestione aeroportuale sono costituite esclusivamente sotto forma di società di capitale, secondo la disciplina del codice civile, ed in qualità di soci possono partecipare, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, anche le regioni, le province, i comuni e gli enti locali nonché le camere di commercio, industria ed artigianato interessati. 2. La scelta del socio privato di maggioranza avviene sulla base di procedure ad evidenza pubblica attivate mediante un confronto concorrenziale determinato in base alle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533, recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, che tenga in particolare conto le capacità tecniche e finanziarie dei soggetti interessati. 3. La cessione a privati delle quote di maggioranza è subordinata all'espletamento di quanto previsto dall'articolo 1, comma 1-ter del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 251, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 1995, n. 351, mediante, pertanto, le procedure di cui al decreto-legge 31 maggio 1994, n. 322, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n.474. 4. Lo schema della procedura di selezione è trasmesso, per l'approvazione, al Ministero dei trasporti e della navigazione che vi provvede entro trenta giorni dal ricevimento".

⁴ Comitato Consultivo Tecnico Economico e Giuridico - verbale della riunione n.6/2001 del 10 luglio 2001, al punto 2 odg: quesito sulle modalità di privatizzazione di quote di minoranza del capitale delle società di gestione aeroportuale.

valutare l'opportunità di modificare la normativa di settore ed armonizzarla con il TUSPP. La segnalazione aveva ad oggetto la cessione di quote di minoranza da parte di un socio pubblico di una società concessionaria della gestione di aeroporto. La citata operazione societaria ha seguito il dettato del DM 521/97 e, trattandosi di cessione di quote di minoranza, non è avvenuta con la procedura ad evidenza pubblica. L'AGCM tuttavia ha segnalato come l'art. 10 TUSPP⁵ obbliga i soci pubblici ad individuare il socio privato mediante procedure concorsuali ad evidenza pubblica, soprattutto nei casi in cui la quota ceduta, anche se di minoranza, possa configurarsi una partecipazione di controllo. Si è quindi evidenziato un possibile contrasto tra le due discipline tanto che il testo del DM 521/97 meriterebbe di essere rivisto.

2. Due recenti casi di operazioni societarie

Una volta che i soci pubblici cedono le loro azioni e la compagine societaria è detenuta esclusivamente o quasi da soci privati, le vicende che si verificano all'interno sono disciplinate dalle norme del codice civile. Nelle società in cui i soci pubblici continuano a detenere partecipazioni di maggioranza o totalitarie invece, le vicende societarie non possono essere regolate solamente dal codice civile ma devono tenere conto di quanto prescritto dal TUSPP.

Le differenze nella disciplina sono evidenti anche nelle ipotesi di alienazioni di partecipazioni societarie soprattutto quando la cessione di quote sia effettuata da un socio pubblico o da un socio privato. Per analizzare quanto sopra, si fa riferimento a due vicende verificatesi all'interno della società di gestione dell'aeroporto di Bolzano e dell'aeroporto di Olbia.

Nell'aeroporto di Bolzano⁶ la società di gestione è la ABD S.p.A., titolare di una gestione parziale e precaria in corso di definizione, la cui compagine societaria era costituita da un unico socio pubblico: la Provincia Autonoma di Bolzano; quest'ultima, per la cessione dell'intero pacchetto azionario, ha esperito una procedura di gara. La società di gestione di Bolzano è uno degli esempi in cui la privatizzazione si è arrestata a livello formale. Per poter proseguire l'iter di privatizzazione ed individuare il socio privato è stato seguito quanto prescritto dall'art. 2 comma 3 DM 521/97 che prevede per la cessione una procedura trasparente e non discriminatoria e soprattutto quanto prescritto dall'art. 10 comma 2 TUSPP che richiede il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

Nella fattispecie di Bolzano, il socio pubblico ha deciso di esperire una procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 10 comma 2 TUSPP da svolgersi tramite procedura

⁵ Decreto legislativo 19 agosto 2016 n.175, art. 10 ("Alienazione di partecipazioni sociali"): "1. Gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. 2. L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto. 3. La mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione. 4. È fatta salva la disciplina speciale in materia di alienazione delle partecipazioni dello Stato".

⁶ ANSA, 16 settembre 2019, *Aeroporto di Bolzano, quote ai privati*.

aperta ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50. La procedura di gara si è conclusa con l'aggiudicazione alla società ABD Holding s.r.l.

Ulteriore esempio di cessione di quote si è recentemente verificato nella società di gestione dell'aeroporto di Olbia⁷, la GEASAR S.p.A., la cui compagine societaria è costituita da una maggioranza di quote di soci privati e da una minoranza di soci pubblici. La GEASAR S.p.A. è un esempio invece di avvenuta privatizzazione sostanziale, pertanto le vicende societarie al suo interno sono regolate principalmente dalle norme del diritto civile⁸. Ne deriva infatti che la cessione di quote tra il socio Alisarda (socio cedente) e F2i (nuovo socio acquirente) non è avvenuta tramite una procedura ad evidenza pubblica ma tramite accordi e contratti conclusi tra le parti interessate.

Per analizzare la differenza nelle modalità di cessione di quote, occorre far riferimento alla ratio sottesa alla procedura ad evidenza pubblica. L'originale obiettivo nazionale della procedura era quello di garantire che l'Amministrazione affidataria potesse formare correttamente la propria volontà. L'influsso europeo ha ampliato quest'obiettivo sostenendo che la procedura ad evidenza pubblica garantisce la libera prestazione di servizi, la libertà di stabilimento delle imprese e quindi tutela la libera concorrenza nel mercato⁹. La concorrenza si afferma quando nel mercato le imprese sono tutte sullo stesso piano e operano con i medesimi strumenti; quando invece sono presenti poteri più forti come è il caso dell'Amministrazione Pubblica è necessario che siano imposte regole e procedure affinché il mercato possa continuare ad operare in concorrenza.

Tornando quindi alle vicende societarie delle società di gestione aeroportuale si può concludere che se la cessione avviene tra pubblico e privato è necessaria una procedura ad evidenza pubblica per evitare che il socio pubblico possa abusare della sua posizione. Se invece la cessione è tra privati il rapporto si configura alla pari e non è necessaria alcuna procedura.

3. Il ruolo delle Autorità vigilanti

Le vicende societarie di una società concessionaria di servizio pubblico coinvolgono molteplici Enti e Autorità ognuno per la propria sfera di competenza. Riguardo le società

⁷ Annunciato sui principali quotidiani nazionali (*Il Sole 24 Ore* del 24 ottobre 2020, *Aeroporti*, *F2i compra Olbia e lancia il polo della Sardegna*).

⁸ Codice civile, art. 2355 ("Circolazione delle azioni") e art. 2469 ("Trasferimento delle partecipazioni").

⁹ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 581 ss.: secondo la sentenza della Corte Costituzionale 23 novembre 2007 n. 401 "occorre registrare «il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabiltistica, che qualificava tale normativa interna posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale». Muta dunque il profilo funzionale dell'evidenza pubblica, che da disciplina posta a presidio dell'esigenze dell'interesse pubblico, in vista della scelta del miglior contraente e del contenimento della spesa dell'esclusivo punto di vista dell'amministrazione, diviene una regolamentazione che protegge anche gli interessi delle imprese. In sostanza la Corte costituzionale coglie con chiarezza che la disciplina sulla contrattazione delle amministrazioni pubbliche deve raccordarsi con le esigenze di un mercato comune in cui vanno preservate le aspettative"; R. GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2016, p. 679 "la normativa europea ha per prioritario obiettivo il perseguimento della tutela della libera concorrenza, essendo volta ad evitare che la stazione appaltante operante in uno degli Stati membri possa favorire, nell'affidare la commessa pubblica, l'impresa nazionale. Così discriminando le altre imprese europee e ledendo quindi il principio della concorrenza" delle imprese. Tale conclusione, secondo la Consulta, trova ancoraggio nell'influenza del diritto dell'Unione Europea."

di concessione aeroportuale sono coinvolte l'ENAC in qualità di unica autorità del settore dell'aviazione civile e il MIT in qualità di ministero vigilante. Nella Convenzione-tipo a cui si fa riferimento per la stipula delle singole Convenzioni di affidamento della gestione degli aeroporti, tra gli obblighi della Concessionaria è previsto che adotta le misure atte a prevedere l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica di cui all'articolo 2 del regolamento (DM 521/97), per le ipotesi di privatizzazione di quote, anche di minoranza, del capitale che comportino la perdita della posizione di maggioranza pubblica¹⁰. La concessionaria ha quindi un ruolo attivo e principale nelle procedure ad evidenza pubblica per la privatizzazione delle quote societarie e, secondo l'art.2 comma 4 DM n. 521/97, anche il relativo bando è sottoposto alla vigilanza del MIT che richiede un parere anche al MEF e allo stesso ENAC. Tuttavia non si rinviene alcun riferimento normativo sulle vicende societarie che si verificano successivamente alla privatizzazione, creandosi quella differenza che si è sopra evidenziata tra il nuovo socio che ha acquistato le quote da un socio pubblico rispetto a quello che le ha acquistate da un socio privato.

Il potere di vigilanza dell'ENAC si manifesta principalmente nel controllo sulla società concessionaria rispetto alla gestione dell'infrastruttura aeroportuale¹¹; rispetto alle vicende societarie il legislatore non ha riconosciuto all'ENAC uno specifico potere di vigilanza su tale aspetto.

La cessione di partecipazioni di una società interessa anche altre due Autorità, l'AGCM in quanto autorità che tutela la concorrenza nel mercato e che ha un ruolo specifico anche nelle alienazioni di partecipazioni di società pubbliche¹² e l'ANAC che vigila sull'anticorruzione. Essendo due Autorità Amministrative Indipendenti con competenze trasversali è possibile che le loro decisioni influiscano anche sulle competenze dell'Ente di settore dell'aviazione civile, ma la leale e reciproca collaborazione tra le istituzioni caratterizza i loro rapporti. Se la cessione di partecipazioni riguarda società a partecipazioni pubbliche sono interessate anche il MEF e la Corte dei Conti. In ultimo, anche il Consiglio dei Ministri ha poteri speciali nelle vicende delle società che operano nei settori di rilevanza strategica per il sistema della difesa e della sicurezza nazionale ai sensi del D.L. 15 marzo 2012 n.2 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56. Il D.P.R. 25 marzo 2014 n.86 reca la disciplina di attuazione dell'esercizio dei poteri speciali dello Stato inerenti agli attivi strategici ed il settore dei trasporti è incluso tra questi, pertanto le operazioni societarie devono essere notificate al competente ufficio della Presidenza del Consiglio dei Ministri seguendo quanto disposto dal citato D.P.R.

¹⁰ Convenzione schema-tipo adottata nel 2009, il cui art. 4 è rubricato "Obblighi della concessionaria".

¹¹ Codice della navigazione, art.705 "Il gestore aeroportuale è il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato. L'idoneità del gestore aeroportuale a espletare le attività di cui al presente comma, nel rispetto degli standard tecnici di sicurezza, è attestata dalla certificazione rilasciata dall'ENAC."

¹² D.Lgs.n. 175/2016, art. 5, comma 3 "L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287."

4. Riflessioni sulle procedure di cessione delle partecipazioni societarie

Le riflessioni che seguono prendono le mosse dall'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa¹³ rispetto alle cessioni di quote nelle società pubbliche e da quanto affermato dall'ANAC nella delibera del 10 giugno 2020 n. 494.

La giurisprudenza amministrativa mostra grande attenzione alle società pubbliche e alle vicende societarie soprattutto quando la società è concessionaria di un servizio pubblico. Il mutamento della compagine societaria deve avvenire tramite procedura ad evidenza pubblica e laddove il nuovo socio privato acquista una percentuale di maggioranza, diventando socio operativo, è necessario che possieda determinate capacità tecniche ed economiche. Secondo i giudici amministrativi con l'ingresso di un nuovo socio operativo nel capitale sociale si realizza un *parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento*¹⁴.

Vi è quindi una differente modalità di scelta tra socio operativo e socio finanziatore in quanto il nuovo socio operativo deve possedere caratteristiche finanziarie e tecnico-operative che gli consentano di svolgere il suo ruolo nella società concessionaria di servizio pubblico. Il socio pubblico, nella procedura di gara per la cessione delle sue quote, deve valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa proveniente dall'offerente che, in caso di acquisto di quote di maggioranza, deve possedere anche maggiori capacità tecniche. Tale attenzione alle competenze del socio operativo entrante in una società concessionaria di servizio pubblico è prevista solo nel caso in cui il socio cedente sia un soggetto pubblico. Ne deriva un'evidente differenza rispetto alla modalità con cui avviene la cessione di quote di una società concessionaria di servizio pubblico tra soci privati. Riprendendo l'operazione societaria avvenuta nella SOGEAR S.p.A., si è visto come la cessione di quote tra privati avviene senza una procedura ad evidenza pubblica ma è principalmente dettata dalle logiche del mercato.

La delibera ANAC n. 494 del 10 giugno 2020 ha ripreso il concetto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui attraverso la cessione di quote di maggioranza di una società concessionaria si verifica un fenomeno di circolazione dell'affidamento. L'ANAC si è espressa in relazione alla vicenda dell'acquisto delle quote della società di gestione dell'aeroporto di Bolzano e ha deliberato che *l'ingresso del socio privato nella compagine societaria per effetto dell'acquisizione dell'intero pacchetto azionario determina di fatto una modifica del profilo soggettivo del titolare della concessione già gestita dalla società in mano pubblica*. Occorre però considerare che l'affidamento della concessione e le operazioni societarie del gestore sono due aspetti differenti e sottoposti ad un quadro regolatorio ed un perimetro normativo diverso e non sovrapponibile. L'affidamento della concessione della gestione dell'aeroporto avviene a seguito di una procedura di gara ex art. 704 CdN, con la stipula di una convenzione tra ENAC e la società, seguito dal Decreto dei Ministeri vigilanti. È quindi la società di capitale, e non i soci, a stipulare con ENAC la Convenzione che

¹³ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 18 dicembre 2009 n.8376; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 settembre 2016 n.4014.

¹⁴ "Ogniqualevolta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale e alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico" (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 18 dicembre 2009 n. 8376).

regola diritti e doveri nella gestione dell'aeroporto. La società di capitale ha una propria personalità giuridica differente e autonoma rispetto a quella dei soci, ciò la differenzia dalle società di persone. Non si può escludere che la scelta del legislatore, riguardo al modello delle società di capitali per la gestione delle infrastrutture aeroportuali, fosse anche legata a quest'ultimo aspetto¹⁵. Pertanto sovrapporre la società e i soci rischia di generare una confusione tra due soggetti giuridicamente separati: la società affidataria del servizio e i soci.

5. Conclusioni

A conclusione di quanto analizzato ci si interroga se i soci privati nelle società concessionarie debbano avere particolari competenze e/o caratteristiche e se sia coerente che il socio pubblico debba individuare il nuovo socio privato con una procedura di gara mentre una cessione di partecipazioni tra privati avviene tramite un accordo e/o contratto. Nella procedura ad evidenza pubblica sono valutati il possesso dei requisiti soggettivi ex art 80 D.Lgs. 50/2016 ed eventualmente anche quelli di carattere tecnico – operativo del nuovo socio, diversamente nella cessione di quote tra privati non vi è alcuna valutazione dei requisiti sopra descritti.

Di fatto il ruolo che il socio privato svolge nella società concessionaria è il medesimo sia che il suo acquisto sia avvenuto al termine di una procedura di gara sia dopo una contrattazione privata. Pertanto, pur non dimenticando che la procedura ad evidenza pubblica è una disciplina pubblicistica, la sproporzione tra le due modalità di cessione di quote suscita qualche dubbio sulla coerenza del sistema. Il settore del trasporto aereo svolge un ruolo fondamentale nell'economia nazionale e l'ingresso di nuovi soci nelle società concessionarie è, ovviamente, un indice di un settore economico in movimento e va accolto con favore soprattutto nel momento di grande crisi causata dalla pandemia in corso. La normativa influisce notevolmente sull'economia e tanto più è chiara e precisa tanto più gli operatori economici saranno invogliati ad investire; ad oggi le società di gestione degli aeroporti fanno riferimento ad una normativa di settore del 1997 che non sembra più adeguata e meriterebbe un'attenta revisione da parte del legislatore. È necessario quindi rendere la disciplina più vicina alle attuali esigenze delle società, così da incentivare gli investitori ad entrare nel mercato, attribuendo all'Autorità e agli Enti di settore una vigilanza sulla società concessionaria tanto sulle operazioni societarie quanto sul rispetto della concessione di servizio pubblico che le è stata affidata.

¹⁵ Si veda anche *Natura giuridica e ruolo delle società di gestione aeroportuale*, Atti del seminario 15 aprile 2016, Demetra centro studi, Roma, 2016, in modo particolare D. MAFFEO, *Ragioni di riflessione sulla natura giuridica delle società di gestione*.

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI