



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

**Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti**



OSSERVATORIO ENTI LOCALI

Roma, 31 gennaio 2017

OSSERVATORIO ENTI LOCALI

GENNAIO 2017

COMMENTI ALLE OSSERVAZIONI DI ASSONIME ALLO SCHEMA DI LINEE GUIDA FOIA DI ANAC E IN MATERIA DI TRASPARENZA PER LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Laura Pascarella

Manuela Sodini

Consiglieri Delegati CNDCEC

Marcello Marchetti

Giovanni Gerardo Parente

Consigliere Delegato FNC

Michele de Tavonatti



Sommario: 1. Premessa. – 2. L’ambito soggettivo di cui all’art. 2-bis del decreto trasparenza. – 3. L’ambito soggettivo secondo lo schema di linee guida Anac. – 4. Le osservazioni di Assonime. – 5. La posizione di Assonime in relazione alle società quotate. – 6. La Delibera Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016.

1. Premessa

Assonime, con il documento n. 19 del 2 dicembre 2016, rubricato “Osservazioni sull’applicazione dell’accesso civico e della disciplina sulla trasparenza alle società a partecipazione pubblica”, è intervenuta formulando le proprie osservazioni sullo schema di “Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5, comma 2 del D.Lgs. n. 33/2013”, posto in pubblica consultazione sul sito internet di Anac dall’11 novembre al 28 novembre 2016.

Come si evince dalla lettura del documento redatto dall’Associazione, le osservazioni si muovono lungo due direttrici: da una parte, sull’applicazione del c.d. accesso generalizzato alle società a partecipazione pubblica, incluse le società quotate, oggetto dello schema di linee guida Anac, dall’altra, e più in generale, sull’applicazione della trasparenza con riferimento alle società quotate.

Il documento e le sue conclusioni si presentano di forte interesse per i commercialisti, in funzione sia dell’attività di consulenza dagli stessi resa, sia in qualità di membri di organi di controllo in questo tipo di società.

Le linee guida definitivamente adottate da Anac con Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, d’intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, sentita la Conferenza Unificata, si collocano nell’ambito delle disposizioni contenute nell’art. 5-bis, comma 6 del D.Lgs. n. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016¹. In particolare, le stesse hanno ad oggetto la “definizione delle esclusioni e dei limiti” all’accesso a dati non oggetto di pubblicazione obbligatoria disciplinato dagli artt. 5 e 5-bis del decreto trasparenza.

¹ Art. 5-bis, comma 6, D.Lgs. n. 33/2013 “*Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui al presente articolo, l’Autorità nazionale anticorruzione, d’intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative*”.



Questa nuova tipologia di accesso c.d. “generalizzato”, che si aggiunge all’accesso civico, di cui all’art. 5, comma 1², del medesimo decreto n. 33/2013, è contenuta nell’ art. 5, comma 2, ai sensi del quale *“allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis”*, dunque secondo un costante bilanciamento tra l’interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall’ordinamento.

In base all’art. 3 del decreto trasparenza *“tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7”*, dunque la conoscenza si estende ai documenti, informazioni e dati, ancorché non oggetto di pubblicazione obbligatoria, seppur nel rispetto dei limiti di cui all’art. 5-bis.

Considerata l’estensione del nuovo accesso generalizzato, che si ricorda decorre dallo scorso 23 dicembre³, nonché le affermazioni rese da Anac nello schema di linee guida in relazione ai soggetti destinatari del nuovo istituto, Assonime con il documento n. 19/2016 è intervenuta richiedendo all’Autorità di delineare in modo più puntuale i confini dell’accesso generalizzato nei confronti delle imprese a partecipazione pubblica, stante l’impatto che il nuovo istituto può avere sul funzionamento del mercato, considerate le differenze che esistono tra un’impresa ed una pubblica amministrazione.

² Art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 33/2013 *“L’obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”*.

³ Art. 42 del D.Lgs. n. 97/2016 *“I soggetti di cui all'articolo 2-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013 si adeguano alle modifiche allo stesso decreto legislativo, introdotte dal presente decreto, e assicurano l'effettivo esercizio del diritto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013, come modificato dall'articolo 6 del presente decreto, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto”*.



2. L'ambito soggettivo di cui all'art. 2-bis del decreto trasparenza

In base all'art. 2-bis del decreto n. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016, la disciplina sulla trasparenza si applica:

- alle "pubbliche amministrazioni" di cui all'art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.

Inoltre, il comma 2 del medesimo articolo ne prevede l'applicazione, in quanto compatibile, anche ai seguenti soggetti:

- agli enti pubblici economici e agli ordini professionali;
- alle società in controllo pubblico come definite dal D.Lgs. n. 175/2016 (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica). Sono escluse le società quotate come definite dal predetto T.U.;
- alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

Ancora, in base al comma 3, la disciplina sulla trasparenza si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea:

- alle società in partecipazione pubblica come definite dal predetto T.U.;
- alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.



3. L'ambito soggettivo secondo lo schema di linee guida Anac

Focalizzando l'attenzione sulle società, l'art. 2-bis del decreto n. 33/2013 dispone come segue:

- “La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile: ... alle società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Sono escluse le società quotate come definite dallo stesso decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124” (art. 2-bis, comma 2, lett. b);
- “La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124” (art. 2-bis, comma 3).

In entrambi i casi, il legislatore prevede che la disciplina sulla trasparenza si applichi “in quanto compatibile”, con un distinguo:

- per le società a controllo pubblico la disciplina sulla trasparenza si applica in via generale;
- per le società a partecipazione pubblica “limitatamente ai dati e documenti inerenti all'attività di pubblico interesse”.

In base allo schema di linee guida posto in consultazione da Anac, il principio della compatibilità è da intendersi solo come la necessità di trovare adattamenti agli obblighi di pubblicazione in considerazione delle caratteristiche organizzative dei predetti soggetti. Non è invece operante per quel concerne l'accesso generalizzato, in quanto questo è da ritenersi un istituto “compatibile” con la natura e le finalità dei soggetti sopra elencati, considerato che la loro attività è volta alla cura di interessi pubblici⁴.

⁴ A conclusioni differenti sembrano pervenire gli Uffici Studi della Camera e Senato che ritengono “meritevoli di approfondimento le conseguenze della clausola di compatibilità, con riguardo, ad esempio, ad enti quali le associazioni private, per le quali andrebbero chiarite le modalità di applicazione della disciplina, con particolare



Inoltre, sempre secondo lo schema di linee guida, le società quotate partecipate da pubbliche amministrazioni, che siano o no in controllo pubblico, sono considerate ai fini dell'applicazione dell'accesso generalizzato quali società in partecipazione pubblica.

4. Le osservazioni di Assonime

Assonime con il documento n. 19/2016 contesta l'affermazione di Anac richiamata nel precedente paragrafo, secondo cui, con riferimento alle società come definite dal D.Lgs. n. 175/2016, il principio della compatibilità è da ricondurre agli obblighi di pubblicazione, e non opera invece per quel concerne l'accesso generalizzato che è da ritenersi un istituto "compatibile", considerato che l'attività delle partecipate è volta alla cura di interessi pubblici.

Assonime fonda le proprie osservazioni partendo dalle differenze che esistono fra un'impresa ed una pubblica amministrazione, facendo leva proprio sull'inciso "in quanto compatibile" contenuto nei commi 2 e 3 dell'art. 2-bis, precisando che le imprese, anche quando svolgono attività di pubblico interesse, operano, a differenza della P.A., in regime di concorrenza, sia come operatori all'interno del mercato, sia nel ruolo di partecipanti a gare per l'aggiudicazione di un contratto.

Ancora, secondo Assonime, l'accesso generalizzato potrebbe prestarsi ad essere utilizzato come strumento per compromettere il valore di un'impresa attraverso il reperimento di informazioni che potrebbero rivelare aspetti concorrenziali, quali, ad esempio, quelli legati all'organizzazione aziendale, processi produttivi, gestione del personale, strategie di penetrazione del mercato.

Nello schema di linee guida, Anac precisa che il soggetto destinatario dell'accesso è tenuto a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute di cui al comma 3 dell'art. 5-bis⁵, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli

riferimento a quella sull'accesso civico". Cfr. Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, Schede di lettura Atto del Governo n. 267, art. 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, p. 18, Marzo 2016.

⁵ Art. 5-bis, comma 3 del D.Lgs. n. 33/2013 "Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990".



interessi indicati dal legislatore, non potendo limitarsi a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, dovendo piuttosto:

- a) indicare chiaramente quale tra gli interessi elencati all'art. 5-bis, commi 1 e 2 viene pregiudicato;
- b) dimostrare che il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla *disclosure* dell'informazione richiesta;
- c) dimostrare che il pregiudizio conseguente alla *disclosure* è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.

Ritiene, tuttavia, l'Associazione che l'impresa dovrebbe poter negare la richiesta di accesso qualora i dati e le informazioni siano rilevanti sotto il profilo della concorrenza⁶, senza dover dimostrare caso per caso l'esistenza di limiti (eccezioni relative o qualificate) posti a tutela di interessi pubblici e privati di particolare rilievo giuridico elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis del decreto trasparenza⁷. Anche quando una società svolge attività di pubblico interesse, sottolinea Assonime, resta a tutti gli effetti un'impresa. Occorre quindi una specifica cautela quando si consente di accedere alle informazioni relative alle società a controllo o partecipazione pubblica, esigenza che il legislatore ha riconosciuto richiedendo un'analisi di compatibilità.

5. La posizione di Assonime in relazione alle società quotate

In riferimento alle società quotate partecipate da pubbliche amministrazioni, Assonime concentra le proprie osservazioni sia sull'applicazione della disciplina in materia di trasparenza sia sull'istituto dell'accesso.

In relazione alla trasparenza, sotto il profilo soggettivo, le predette quotate risultano espressamente escluse dal comma 2 dell'art. 2-bis del decreto n. 33/2013, mentre non sono espressamente escluse dal comma 3 del medesimo art. 2-bis. L'Anac ritiene, pertanto, che le

⁶ In materia di tutela del know how aziendale si è pronunciata la Corte di Cassazione con sentenza n. 25008/2001, precisando, per quanto qui di interesse, che *"la destinazione al segreto delle notizie non può che provenire dall'avente diritto al segreto e cioè dal titolare dell'impresa nella quale le notizie vengono utilizzate, con manifestazione di volontà espressa o tacita"*.

⁷ In particolare, ai sensi dell'art. 5-bis, comma 2, lett. c) del decreto trasparenza, l'accesso di cui all'articolo 5, comma 2 è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di interessi economici e commerciali privati.



società quotate o che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati siano considerate, ai fini della trasparenza e della prevenzione della corruzione, come società partecipate di cui al comma 3, indipendentemente dall'esistenza di una situazione di effettivo controllo pubblico o meno⁸, applicando la disciplina limitatamente ai dati e documenti inerenti all'attività di pubblico interesse.

Sul punto Assonime osserva che la legge delega n. 124/2015 prevedeva, fra le altre, la revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza⁹, nonché il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, distinguendo i tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica¹⁰.

L'art. 1, comma 5 del D.Lgs. n. 175/2016, recante il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica, prevede che *"le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p)"*. In base all'art. 2 del predetto T.U. rubricato "Definizioni" sono quotate *"le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni,*

⁸ Delibera Anac n. 831 del 3 agosto 2016 *"Le società quotate e quelle che emettono strumenti finanziari in mercati regolamentati non sono, invece, espressamente escluse dall'applicazione del comma 3 dello stesso articolo, che prevede un regime di trasparenza per le società partecipate da pubbliche amministrazioni limitato alle attività di pubblico interesse svolte. Sarebbe plausibile, allora, ritenere che, in considerazione delle peculiarità delle società quotate dovute alla quotazione delle azioni e alla contendibilità delle società sul mercato, indice dello svolgimento di attività prevalentemente in regime di libera concorrenza, e valutata l'esistenza di una specifica regolamentazione di settore, le società quotate o che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati, siano considerate, ai fini della trasparenza e della prevenzione della corruzione, quali società partecipate, indipendentemente dall'esistenza di una situazione di effettivo controllo pubblico o meno"*.

⁹ Art. 7 della legge n. 124/2015.

¹⁰ Art. 18, comma 1, lettera a) della legge n. 124/2015.



quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”¹¹.

Assonime, in base al combinato disposto del predetto art. 1, comma 5, secondo cui le disposizioni del T.U. si applicano alle società quotate solo se espressamente previsto, e dell’art. 22 del T.U. rubricato “Trasparenza” ai sensi del quale *“le società a controllo pubblico assicurano il massimo livello di trasparenza sull’uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti, secondo le previsioni del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”*, conclude ritenendo che alle società quotate non si applica la disciplina sulla trasparenza considerato che le stesse non sono espressamente richiamate dall’art. 22.

Pertanto, l’Associazione ritiene che alla luce del T.U. non vi sia alcun riferimento normativo che possa confermare l’estensione della trasparenza alle società quotate, sia a controllo pubblico che a partecipazione pubblica. Allo stesso tempo precisa, in base alla definizione di società quotate contenuta nella lettera p) dell’art. 2, comma 1¹², che la disciplina sulla trasparenza potrebbe trovare applicazione nel caso delle società partecipate dalle società quotate che siano anche partecipate o controllate da pubbliche amministrazioni, ritenendo comunque necessario in tal caso un coinvolgimento del Mef e della Consob.

In merito al secondo aspetto attenzionato dall’Associazione, quello sull’accesso generalizzato, nello schema di linee guida di Anac le società quotate partecipate da pubbliche amministrazioni, che siano o no in controllo pubblico, sono considerate ai fini dell’applicazione dell’istituto, quali società in partecipazione pubblica.

Al contrario, ad avviso di Assonime, fermo restando che la disciplina sulla trasparenza non sembrerebbe applicabile alle società quotate, l’istituto è da ritenere in ogni caso incompatibile con la natura delle medesime, considerato il rigore alla circolazione delle informazioni che contraddistingue questa tipologia di imprese, e per le quali, pertanto, l’accesso generalizzato è foriero di ulteriori criticità rispetto a quelle già evidenziate per le società non quotate.

¹¹ Art. 2, comma 1, lettera p), D.Lgs. n. 175/2016 (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica).

¹² Ai sensi dell’art. 2, comma 1, lettera p) del D.Lgs. n. 175/2016, ai fini del decreto si intendono per *“«società quotate»: le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”*.



Secondo l'Associazione, tale incompatibilità può presentarsi allo stesso modo per le società partecipate da società quotate che siano direttamente controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche, e che quindi non sono comprese nella definizione di società quotate di cui all'art. 2, comma 1, lettera p) del Testo unico. Infatti, anche per queste società, in particolare per quelle controllate dalle società quotate, l'accesso generalizzato può creare rischi di turbativa del mercato finanziario che andrebbero evitati.

In conclusione, in riferimento all'applicazione dell'istituto dell'accesso generalizzato alle imprese partecipate da pubbliche amministrazioni, Assonime ritiene che nel caso di società non quotate dovrebbe essere escluso l'accesso alle informazioni di natura concorrenziale, nel caso di società quotate l'accesso dovrebbe essere escluso in generale in quanto incompatibile con la natura stessa delle medesime.

6. La Delibera Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016

Con la Delibera n. 1309 dello scorso 28 dicembre, l'Anac ha definitivamente adottato le linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso di cui all'art. 5, comma 2 del D.Lgs. n. 33/2013.

Dalla lettura delle stesse, in particolare dal paragrafo 4.1 rubricato "Ambito soggettivo", si evince che l'Anac, nella versione definitiva, ha espunto ogni riferimento alle società quotate, ed in particolare l'affermazione precedentemente contenuta nello schema di linee guida posto in consultazione che riportava quanto segue "Come già indicato nel § 3.3 della delibera n. 831/2016 di approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione, le società quotate partecipate da pubbliche amministrazioni, che siano o no in controllo pubblico, sono considerate ai fini dell'applicazione dell'accesso generalizzato, quali società in partecipazione pubblica".

Pertanto, l'accesso generalizzato, almeno per le quotate partecipate da pubbliche amministrazioni non risulterebbe, nel testo definitivo delle linee guida, un istituto "compatibile" con la natura e le finalità di questo tipo di società.



In relazione alla disciplina sulla trasparenza si rende invece opportuno attendere i chiarimenti e le precisazioni contenute nelle linee guida di adeguamento al D.Lgs. n. 97/2016 della delibera Anac n. 8/2015, in corso di adozione.