



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Delibera n. 647 del 10 luglio 2019

concernente una richiesta di parere in relazione all'applicabilità dell'art. 53, co. 16 ter d.lgs. 165/2001 e dell'art. 21 D.lgs. 39/2013 anche ai titolari di incarichi che, per il ruolo e la posizione ricoperti in RAI Cinema S.p.A., abbiano avuto il potere di esercitare la potestà o il potere negoziale per conto della stessa.

Fascicolo UVIF n. 2159/2019

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 luglio 2019;

visto l'articolo 53, comma 16 ter, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come modificato dall'art.1, comma 42, della legge 6 novembre 2012, n. 190, a tenore del quale: «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti».

visto l'articolo 1, comma 2, lett e), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, secondo il quale l'Autorità: «esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo»;

tenuto conto dell'articolo 3, comma 1, lett. c), del Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'ANAC, approvato in data 21 novembre 2018, a tenore del quale: «il parere può essere richiesto anche dai soggetti privati destinatari dell'attività delle amministrazioni pubbliche di cui all'art.1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che intendano conferire un incarico».

vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza sull'imparzialità dei funzionari pubblici (UVIF).



Autorità Nazionale Anticorruzione *Presidente*

Fatto

Con nota acquisita al prot. generale n. 58745 del 02 luglio 2018, è pervenuta a questa Autorità una richiesta di parere da parte del Presidente di Rai Cinema concernente l'applicabilità dell'art. 53 co. 16 ter D.lgs. 165/2001 nei confronti di soggetti che, per gli incarichi ricevuti, abbiano avuto il potere di esercitare il potere negoziale per conto di RAI Cinema.

Nella memoria di accompagnamento della richiesta di parere il richiedente ha evidenziato quanto segue.

Rai Cinema è una società controllata interamente da RAI S.p.A., società pubblica a sua volta partecipata per il 99,56% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e per la quota residua dalla SIAE (Società italiana degli Autori ed Editori). Rai Cinema si occupa di acquisto di diritti, produzione cinematografica, distribuzione e commercializzazione dei diritti, con piena autonomia negoziale.

Con RAI S.p.A. Rai Cinema intrattiene un rapporto di tipo commerciale cliente-fornitore, nel senso che Rai Cinema acquisisce diritti nel proprio patrimonio e vende a RAI S.p.A. i singoli passaggi televisivi, assumendo il correlato rischio di impresa, in quanto non sono previsti meccanismi di ripianamento delle eventuali perdite da parte della controllante.

Tale società opera, infatti, secondo i criteri di rendimento, efficacia ed economicità, quale investitore privato: gli investimenti di Rai Cinema non sono effettuati mediante l'utilizzo del canone pubblico, in quanto le voci di costo sono allocate nell'ambito del sistema di separazione contabile attuato da Rai sull'aggregato commerciale e non su quello di servizio pubblico; ciò significa che tali investimenti vengono finanziati esclusivamente utilizzando i ricavi commerciali e non quelli derivanti dal canone.

Pertanto, nell'esercizio delle attività commerciali, Rai Cinema non si avvantaggia della partecipazione pubblica indiretta, ma opera in un contesto concorrenziale nel quale non è condizionata dal Socio Unico.

Rai Cinema, infatti, commercializza anche presso terzi i diritti per i passaggi televisivi e, attraverso la Direzione 01 Distribution, svolge tutte le attività connesse al lancio dei film.

Viene rappresentato, inoltre, che le scelte strategiche della società nell'acquisizione dei diritti comportano un coinvolgimento nel processo decisionale di tutte le divisioni interne competenti nelle valutazioni editoriali-artistiche, commerciali ed economiche.

Diritto

Sul potere consultivo dell'Anac.

Giova, in primo luogo evidenziare che l'Anac ha uno specifico potere consultivo secondo quanto stabilito dall'articolo 1, comma 2, lett. e), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, secondo il quale l'Autorità: «esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo», la cui ammissibilità è stabilita dall'art. 3, comma 1, lett. c) del Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'ANAC, approvato in data 21 novembre 2018, a tenore del quale: "il parere può



Autorità Nazionale Anticorruzione *Presidente*

essere richiesto anche dai soggetti privati destinatari dell'attività delle amministrazioni pubbliche di cui all'art.1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 che intendano conferire un incarico”.

I pareri resi in materia di *pantouflage* costituiscono esercizio di tale attività consultiva, come tale non vincolante nei confronti dei soggetti destinatari. Quelle dell'Autorità, infatti, sono indicazioni che costituiscono il risultato dell'esercizio di una funzione autonomamente prevista, assegnata ad un'Autorità indipendente, che la esplica senza condizionamenti derivanti dalla cura di interessi concreti, congiuntamente ai compiti operativi affidati per la regolazione del settore di riferimento. Sul punto, e di recente, il TAR Lazio- sezione I – con la sentenza n. 6069 del 16 maggio 2019, ha stabilito che “Al fine di dare una valenza giuridica al parere facoltativo previsto dall'art. 1, comma 2, lett. e), legge 6 novembre 2012, n. 190, nel silenzio della legge si deve ritenere che anche in tale ipotesi l'Amministrazione, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico che intenda procedere al conferimento dell'incarico, deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità”.

Sull'applicazione della fattispecie di “pantouflage” di cui all'art. 53, comma 16 ter del d.lgs. n. 165/2001.

L'art. 53, co. 16-ter del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (“Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”) recita quanto segue:

“I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti”.

La disposizione è stata introdotta nel d.lgs. 165/2001 dall'art. 1, comma 42, della l. 190/2012, con finalità di contenimento del rischio di situazioni di corruzione connesse all'assunzione del dipendente pubblico da parte di un privato, successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro con la PA.

In particolare, come chiarito dal primo Piano Nazionale Anticorruzione emanato nell'anno 2013, «il rischio valutato dalla norma è che durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente preconstituersi delle situazioni lavorative vantaggiose e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro per lui attraente presso l'impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto. La norma prevede quindi una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un determinato periodo successivo alla cessazione del rapporto per eliminare la “convenienza” di accordi fraudolenti».

Ai sensi delle norme sopra richiamate, dunque, i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri.



Autorità Nazionale Anticorruzione *Presidente*

Sul punto l'Autorità ha ulteriormente chiarito quanto segue.

- a) Con riferimento ai dipendenti con poteri autoritativi e negoziali, cui fa riferimento la norma, è stato affermato che tale definizione è riferita sia a coloro che sono titolari del potere (come nel caso dei dirigenti degli uffici competenti all'emanazione dei provvedimenti amministrativi per conto dell'amministrazione e perfezionano negozi giuridici attraverso la stipula di contratti in rappresentanza giuridica ed economica dell'ente), sia ai dipendenti che pur non essendo titolari di tali poteri, collaborano al loro esercizio svolgendo istruttorie (pareri, certificazioni, perizie) che incidono in maniera determinante sul contenuto del provvedimento finale, ancorché redatto e sottoscritto dal funzionario competente.
- b) È stata altresì evidenziata la necessità di dare un'interpretazione ampia della definizione dei soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri (autoritativi e negoziali), presso i quali i dipendenti, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, non possono svolgere attività lavorativa o professionale. A tal riguardo è stato chiarito che occorre ricomprendere in tale novero anche i soggetti formalmente privati ma partecipati o in controllo pubblico, nonché i soggetti che potenzialmente avrebbero potuto essere destinatari dei predetti poteri e che avrebbero realizzato il proprio interesse nell'omesso esercizio degli stessi.

La disposizione contempla, in caso di violazione del divieto ivi sancito, le specifiche sanzioni della nullità del contratto e del divieto per i soggetti privati che l'hanno concluso o conferito, di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con contestuale obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti ed accertati ad essi riferiti.

Ambito di applicazione della norma, come ampliato dall'articolo 21 del d.lgs. n.39/2013 ("Disposizioni in materia di inconfirmità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico").

Al fine di inquadrare correttamente l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'articolo 53, co. 16-ter del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, occorre leggere la suddetta norma in combinato disposto con l'articolo 21 del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, che ne ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione:

"Ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico".

Appare evidente che il legislatore ha inteso rafforzare le finalità perseguite con la disciplina sul pantouflage, ossia di limitare il rischio di situazioni di corruzione connesso all'impiego privato di colui che sia precedentemente stato titolare di una carica pubblica, ampliandone, con la disposizione di cui dall'art. 21 del d.lgs. 39/2013, l'ambito applicativo.



Autorità Nazionale Anticorruzione *Presidente*

Applicabilità dell'istituto del pantouflage nei confronti di Rai Cinema.

Al fine di stabilire l'applicabilità del divieto di *pantouflage* al caso in esame, in virtù dell'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione operato dall'art. 21 sopra citato, occorre appurare se Rai Cinema rientri tra le categorie di soggetti ricompresi nell'ambito di applicazione del d.lgs. n.39/2013.

A tal fine l'art. 1 co. 2 lett. c) del suddetto decreto definisce gli enti di diritto privato in controllo pubblico ricomprendendovi le “*società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche (...)*”.

Tanto premesso, la disposizione di cui sopra contempla due requisiti concorrenti, uno relativo al tipo di funzione esercitata e l'altro relativo al sistema di *governance*.

Per quanto riguarda quest'ultimo requisito, come sopra specificato, Rai Cinema fa parte del gruppo societario di cui Rai S.p.A. è la capogruppo ed interamente partecipata da quest'ultima, le cui azioni sono detenute per il 99,56% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Dunque, Rai Cinema risulta essere una società in controllo pubblico indiretto. In merito, l'art. 2359 c.c. richiamato dall'art. 1 co. 2 lett. c) stabilisce, al secondo comma, che “*Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta*”, così ampliando la nozione di controllo anche alle fattispecie di controllo indiretto.

Orbene, è orientamento costante di questa Autorità (v., tra le altre, Delibera numero 207 del 21 febbraio 2018) ritenere di dover applicare il D.lgs. 39/2013 anche alle società che, per un gioco di partecipazioni, risultano controllate indirettamente dal soggetto pubblico.

Pertanto, si ritiene sussistente il requisito della *governance* richiesto dalla disposizione di cui sopra.

Quanto al requisito di carattere funzionale, occorre verificare se l'attività di Rai Cinema contribuisca o meno al perseguimento della funzione di servizio pubblico affidata alla Rai.

In questo senso il Contratto di Servizio tra il Ministero dello sviluppo economico e la Rai per gli anni 2018-2022 all'art. 1 co. 2, rubricato “*Oggetto del Contratto nazionale di servizio*” dispone che “La Rai per lo svolgimento delle attività inerenti al servizio pubblico può avvalersi di società partecipate ai sensi dell'art. 2359 c.c.; all'art.3 co. 2, lett. f) (“Offerta televisiva”) stabilisce che “*L'offerta televisiva deve essere prevalentemente composta (...) da opere cinematografiche, fiction, serie televisive per minori anche in animazione, cartoni, documentari di origine italiana ed europea; programmi per la valorizzazione dell'audiovisivo in generale*”; all'art. 25 co. 1 lett. f) del medesimo contratto, dispone, inoltre, che “Ai fini dell'attuazione della missione di servizio pubblico la Rai è tenuta ad assolvere i seguenti obblighi specifici: Industria dell'audiovisivo. La Rai è tenuta a rispettare le disposizioni in materia di promozione (programmazione e investimento) delle opere europee e italiane da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi”.

In questo senso depone anche la Relazione sulla gestione del Consiglio di Amministrazione di Rai Cinema, nella quale si legge che “Rai Cinema SpA è stata costituita con l'operazione di conferimento



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

dell'ex Direzione RAI "Acquisto Fiction, Produzione Cinema e Vendita Prodotti (APV)" preposta all'acquisizione di gran parte del prodotto televisivo utilizzato da Rai nell'attività di broadcasting; che "L'attività di Rai Cinema, così come indicato nello Statuto, riguarda in particolare:

- l'acquisizione, in Italia e all'estero, di diritti, anche parziali, finalizzata allo sfruttamento di opere audiovisive, cinematografiche, televisive e multimediali, prioritariamente in funzione delle esigenze produttive ed editoriali della Rai e delle società ad essa collegate;
- l'organizzazione, l'amministrazione e la gestione del proprio compendio dei diritti relativi ad opere audiovisive, cinematografiche, televisive e multimediali, in funzione delle prioritarie esigenze informative, di ricerca, acquisitive e di trasmissione della Rai.

Da quanto sopra esposto sembrerebbe che l'attività svolta da Rai Cinema contribuisca alla realizzazione della *mission* istituzionale della Rai destinata alla gestione del pubblico servizio e non svolga esclusivamente attività dal contenuto commerciale. Pertanto, non sembra potersi escludere che l'attività di Rai Cinema partecipi alla missione istituzionale della Rai di gestione del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale.

Quanto detto non contrasta rispetto alla deduzione del richiedente circa il sistema di contabilità separata che Rai adotta in relazione ad attività non inerenti al pubblico servizio, svolte in regime di concorrenza. Il fatto che Rai abbia adottato un sistema di contabilità separata e che con la controllata intrattenga un rapporto di tipo commerciale che esclude l'utilizzo del canone nelle relative forniture, non sembra essere da solo elemento sufficiente ad escludere, da un punto di vista sostanzialistico, la partecipazione di Rai Cinema anche all'attività di pubblico servizio esercitata dalla Rai.

È, infatti, vero che l'oggetto sociale di Rai Cinema è rivolto in gran parte all'esercizio di attività a contenuto squisitamente commerciale. Si fa riferimento, in particolare, all'attività di investimenti nell'acquisto, sui mercati nazionali e internazionali, di diritti televisivi relativi ad opere cinematografiche e audiovisive in genere; di fornitura di tali diritti alla RAI; di vendita dei passaggi televisivi in Italia relativi alle opere cinematografiche e audiovisive acquisite, preacquisite e/o prodotte anche nei confronti di altre emittenti televisive.

Alla luce di ciò, questa Autorità ritiene che, a presidio dell'interesse pubblico generale, tenuto conto che Rai Cinema sembra svolgere sia attività di carattere commerciale sia attività che si inseriscono nel più generale esercizio di pubblico servizio gestito dalla RAI, l'istituto del *pantouflage* sia applicabile a Rai Cinema esclusivamente per la parte di attività rivolta alla realizzazione della *mission* istituzionale di pubblico servizio a favore della Capogruppo Rai.

Pertanto, al fine di escludere la ricorrenza della fattispecie di *pantouflage*, questa Autorità ritiene necessaria da parte di Rai Cinema una valutazione caso per caso, volta a verificare che il dipendente, che abbia concluso il rapporto di lavoro con Rai Cinema e intenda assumere un incarico presso soggetti privati, non abbia svolto attività rivolta a soddisfare prettamente le esigenze di servizio pubblico della Rai e non abbia esercitato poteri autoritativi e negoziali a beneficio del soggetto privato presso cui intende assumere l'incarico.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Tanto premesso

DELIBERA

che la società Rai Cinema S.p.A., in quanto appartenente al gruppo Rai, è assoggettata all'istituto del pantouflage esclusivamente con riferimento a quei dipendenti che abbiano esercitato attività autoritative e/o negoziali rivolte a contribuire alla realizzazione dell'attività di pubblico servizio propria della capogruppo RAI S.p.A.

Raffaele Cantone

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2019

Il Segretario, *Maria Esposito*