Disciplina applicabile alle società pubbliche e responsabilità dell'ente socio

di Roberto Camporesi

Pubblicato il 3 Novembre 2018

La Cassazione Sezione Unite affronta nuovamente la valutazione della sussistenza della competenza della Corte dei Conti in merito ai fatti di mala gestio compiuti dagli amministratori delle società in house. L'argomento è apparentemente nuovo per due motivi: il primo è connesso ai fatti rilevanti succeduti in periodi risalenti la prima metà fra gli anni tra 2010 e 2015 e quindi prima dell'emanazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica ("TUSPP"); il secondo motivo è che la richiesta della difesa non riguarda l'esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti quanto la verifica della sussistenza della concorrente azione di responsabilità attivabile dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 L.F.

Premessa

PARTE PRIMA

Società di diritto comune, società di diritto singolare e società in house

Il caso esaminato dalla Cassazione Sezioni Unite

La disciplina del cod. civ. e le leggi di diritto comune si applicano alle società in house

PARTE SECONDA

La disciplina applicabile alle società in house

- La fallibilità delle società pubbliche

- Il reclutamento del personale ed il rapporto di lavoro subordinato

- L'esercizio dei diritti dell'azionista e la competenza del giudice ordinario (nomina e revoca diretta degli amministratori)

- La diversa disciplina fra organismi che esercitano servizi pubblici locali e enti pubblici locali (impresa pubblica vs pubbliche amministrazioni)

- La dismissione totale della partecipazione sono atti di diritto privato

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

PARTE TERZA

La competenza del giudice contabile

- Le diverse azioni di responsabilità previste dal cod. civ.

- La competenza del curatore fallimentare

- L'art. 12 del Tuel ed il danno al patrimoniale recato alla società in house e quello all'ente socio

- Competenza esclusiva, concorrente, in surroga della Corte dei conti: la dottrina

- La competenza concorrente: la pronuncia della Cassazione

- La responsabilità dell'ente locale socio nella crisi delle società a controllo pubblico

- La responsabilità erariale introdotta dall'art. 12 del TUSPP
- Responsabilità in caso di omissione da parte degli amministratori dell'attivazione del piano di prevenzione del rischio di crisi aziendale ex art. 6 TUSP
- La responsabilità per violazione del divieto di soccorso finanziario e le modalità di intervento di risanamento della società consentite dall'art. 14 del TUSPP
- La responsabilità da abuso del potere di eterodirezione previsto dall'art. 2497 cod. civ. con specifico riferimento all'esercizio del controllo analogo nelle società in house
- La norma di interpretazione autentica

***

Premessa

La **sentenza della Cassazione Sezione Unite n. 22406, decisa il 7/11/2017 e depositata il 13 settembre 2018**, affronta nuovamente la valutazione della sussistenza della **competenza della Corte dei Conti in merito ai fatti di** *mala gestio* **compiuti dagli amministratori delle società in house**.

L'**argomento** è apparentemente **nuovo per due ordini di motivi**: il **primo** è connesso ai **fatti rilevanti succeduti in periodi risalenti la prima metà fra gli anni tra 2010 e 2015** e quindi prima dell' **emanazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica ("TUSPP")** e prima anche delle note sentenze della cassazione a sezioni unite che hanno affermato – con le precisazioni che ora occorre tenere conto con il presente giudicato – la giurisdizione della Corte dei Conti per gli atti compiuti dagli amministratori delle società in house; il **secondo** motivo è che la **richiesta della difesa non riguarda l'esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti quanto la verifica della sussistenza della concorrente azione di responsabilità attivabile dal curatore fallimentare** ai sensi dell'art. 146 L.F.

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

La sentenza prima di giungere alle conclusioni in tema di riparto di giurisdizione esclusiva o concorrente della Corte dei Conti ripercorre le più importanti questioni che hanno visto coinvolte le società in house e la disciplina (pubblica o privata) ad essa applicabile; la Corte affronta i vari argomenti attraverso un excursus delle pronunce della stessa Corte di Cassazione.

PARTE PRIMA

Società di diritto comune, società di diritto singolare e società in house

Si deve osservare come il TUSPP non abbia ad oggetto le società di diritto singolare in quanto all'**art. 1 comma 4 lett. a)** dispone che: "*Restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse*;".

Le **società di diritto singolare** sono state costituite o verranno costituite sulla base di leggi speciali e non invece sulle ordinarie e generali disposizioni contenute nel cod. civ.. Diversamente le **società in house**, per espressa scelta del legislatore sono invece, a dispetto delle aspettative di molti, di diritto comune e rientrano così nel TUSPP, che ad esse dedica solo alcune definizioni ed alcune deroghe al cod. civ., - oltre alla riconosciuta della giurisdizione della corte dei conti - senza tuttavia disporre una specifica autonoma disciplina. In questo contesto non sono di ausilio le disposizioni del codice dei contratti pubblici (d.lgs 50/2016) in quanto finalizzate unicamente a stabilire le condizioni che consentono l'affidamento in deroga alle gare pubbliche e rimanendo dunque circoscritte a tale ambito ovvero nell'ambito della relazione che si instaura ai fini dell'appalto/concessione e non ai fini delle statuizione delle regole di *governance* della società che rimangono naturalmente di spettanza del cod. civ. al pari di ogni altra società, come in appresso precisato[1].

Tale osservazione si era resa necessaria in quanto le più risalenti interpretazioni della Cassazione – ma anche della Corte Costituzionale con riguardo a società di promanazione regionale - avevano ad oggetto società a partecipazioni statali nate su disposizioni di legge speciale e talune conclusioni che si sono raggiunte in materia di qualificazione della natura pubblica della società, in quanto finalizzata al raggiungimento di finalità pubblicistiche, non possono semplicisticamente essere ad oggi traslate sulle

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

società in house e ragione di ciò sono le successive sentenze della cassazione passate in rassegna dalla sentenza in commento.

Il caso esaminato dalla Cassazione Sezioni Unite

Il ricorso avanti le sezioni unite riguarda il regolamento preventivo di giurisdizione che è stato proposto nel procedimento avanti il Tribunale delle imprese relativo al giudizio riguardo le azioni di responsabilità richieste ai sensi del cod. civ. e della legge fallimentare (**art. 146 L.F.**) nei confronti di amministratori, sindaci, direttore generale e revisore della società, nonché nei confronti dello stesso Comune socio.

La materia del contendere al di là della verifica dell'effettiva conformazione della società a partecipazione pubblica al modello in house providing vede da un lato il ricorrente che chiede il riconoscimento della competenza esclusiva della Corte dei Conti per il giudizio che deve affermare la responsabilità degli amministratori e degli altri soggetti chiamati in giudizio, dall'altro lato il fallimento che invece ritiene, che essendo intervenuta la declaratoria di fallimento, non può non applicarsi il disposto dell'art. 146 L.F[2].

Il ricorso è stato avviato alla trattazione in camera di consiglio sulla base delle conclusioni del Pubblico Ministero che ha concluso per l'affermazione della giurisdizione dei giudici amministrativi.

La sentenza delle sezioni unite conclude con il riconoscimento del giudice ordinario attraverso un articolato excursus dei precedenti già deciso dalla corte di cassazione in tema di società in house svolgendo una rassegna dei temi di maggior interesse su tale modello societario che vanno dalla definizione di danno erariale e danno patrimoniale della società ed i termini entro i quali sussiste la giurisdizione contabile come riconosciuta da un precedente della stessa sezioni unite, riprendendo poi la disamina della disciplina applicabile all'esercizio dei diritti dell'azionista pubblico che rimane di diritto privato (non *juri imperi*), il riconoscimento della fallibilità delle società pubbliche fino a riprendere un recente precedente del 2017 che statuisce che la società in house rimane attratta alle norme di diritto privato non mutando la propria natura per il fatto della presenza di soci pubblici.

[1] Cfr Cons Stato sez. V sent. 28/09/2015 n. 4510 : Il Consiglio di Stato ha fermamente negato la natura pubblica della Spa, sebbene esercente in house un servizio pubblico, ritenendola in ogni caso sottoposta al regime di diritto privato, in quanto le nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica di cui al Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sono dirette esclusivamente a circoscrivere l'ambito di applicazione della medesima disciplina in

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D

tema di appalti pubblici, nonostante la natura formalmente privata degli enti interessati, in ragione dell'influenza proprietaria e del controllo su di essi esercitato da uno o più soggetti pubblici

[2] Art. 146 L.F. : "Gli amministratori e i liquidatori della società sono tenuti agli obblighi imposti al fallito dall'articolo 49. Essi devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito. Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori:

1. *le azioni di responsabilità contro gli amministratori [2392, 2393 bis, 2394, 2395 c.c.], i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori;*
2. *l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile.*

...

CONTINUA... LEGGI L'ARTICOLO COMPLETO (33 pagine) NEL PDF QI

Roberto Camporesi

2 novembre 2018

Riproduzione riservata © www.commercialistatelematico.com
Documento riservato alla consultazione da parte di: N/D