

Le società a controllo pubblico nel testo unico delle società a partecipazione pubblica: vademecum operativo

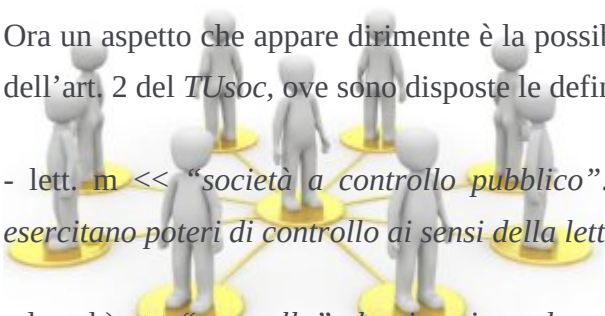
di [Roberto Camporesi](#)

Pubblicato il 29 Agosto 2016

il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica disciplina la governace delle società pubbliche facendo riferimento unicamente alle società a controllo pubblico; a fronte di tale Testo unico diventa importante qualificare correttamente quali sono le società interessate

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUsoc) disciplina la governace delle società pubbliche facendo riferimento unicamente alle società a controllo pubblico.

Ora un aspetto che appare dirimente è la possibilità di qualificare la società a controllo pubblico. Ai sensi dell'art. 2 del TUsoc, ove sono disposte le definizioni, si stabilisce:

- 
- lett. m) << “società a controllo pubblico”: le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b); >>
 - lett. b) << “controllo”: la situazione descritta nell’articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo; >>.

A tal riguardo l'art. 2359 – Società controllate e società collegate – del codice civile dispone: << Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. 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: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate

collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate. >>.

La norma codicistica prevede quattro forme di controllo:

- il controllo interno di diritto;
- il controllo esterno per influenza dominante dell'assemblea ordinaria;
- controllo esterno per influenza dominante in virtù di vincoli contrattuali che vincolano la società;
- controllo indiretto che si può attuare rispetto la prima fattispecie individuata.

Nel caso in esame, l'unica ipotesi di controllo è quello interno di diritto, che si realizza disponendo *della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria*. Nel caso in cui le materie oggetto dell'assemblea ordinaria necessitano di quorum diversi fra loro e per il raggiungimento di alcuni di essi, come nel caso di specie, occorre anche il voto dell'altro socio per deliberare, si deve prendere in considerazione l'ipotesi ¹ se il socio pubblico possa in ogni caso esercitare un controllo di fatto o un'influenza "notevole".

Per quanto riguarda invece la nozione di influenza notevole, il legislatore non indica alcun presupposto tipico e quindi è ravvisabile ogni qual volta una pubblica amministrazione sia in condizione di influire, sia pure con incidenza minore ed in misura più tenue di quella che caratterizza il controllo sull'attività della società o per il fatto di disporre di una quota di partecipazione significativa in quest'ultima (con diritti di voto) o per ragioni esterne. *“Nonostante l'ambigua formulazione della norma il collegamento non deriva dall'effettivo esercizio dell'influenza notevole ed è presunta quando si dispone di almeno un quinto del capitale e fatto salvo la prova contrario (presunzione relativa)”* ².

Da ultimo occorre valutare la portata dell'ultimo periodo dell'art. 2 del TUsoc lett. b) che recita: *“Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.”* In questo caso il legislatore sembra abbia dato una definizione di controllo congiunto; definizione che manca all'interno del codice civile e che viene evidentemente in rilievo quando più amministrazioni pubbliche, singolarmente, non integrano

le fattispecie di cui all'art. 2359 cod.civ. ma per effetto di leggi, vincoli statutari o di patti parasociali debbono prendere decisioni unanime.

La Relazione illustrativa del Consiglio dei Ministri al testo unico in seconda lettura per l'invio agli ultimi pareri alle commissioni, conferma tale interpretazione:

“Di particolare rilievo, ai fini dell’ambito di applicazione del decreto, sono la definizione di società a controllo pubblico, quella di controllo analogo, mutuata dalla disciplina europea, quella di società a partecipazione pubblica e quella di partecipazione, intesa quale titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio o titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi, nel senso che possono essere dotati di diritto di voto ovvero, che può ad essi essere riservata la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco (...): Al comma 1 lett. d) è stata accolta l’osservazione del Consiglio di Stato che suggeriva di riportare la definizione di controllo analogo congiunto prevista dalle fonti europee, anche al fine di un maggior coordinamento con quanto previsto all’art. 16 del presente testo unico e dall’ art. 5 comma 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (nuovo codice degli appalti). Non è invece stata accolta l’osservazione sempre del Consiglio di Stato, che suggeriva di inserire anche la definizione di “controllo analogo congiunto”, in quanto tale espressione non è mai utilizzata nel testo”.

Il controllo di cui all'art. 2359 cod.civ. rimanda anche alla responsabilità da abuso di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 cod.civ..

A mente dell'art. 2497 cod. civ. si considerano etero dirette quelle società sulle quali gli enti che “*esercitando attività di direzione e coordinamento di [tali] società, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste del pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società* “. Sul tema è intervenuto l'art. 19 del D.L. 1/07/2009 n. 78 (“provvedimento anticrisi”) che ha disposto una interpretazione autentica che prevede: “*L’articolo 2497, primo comma del codice civile si interpreta nel senso che gli enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economico finanziaria* “. La norma di interpretazione autentica è stata recentemente confermata dall'art. 1 comma 672 della legge di stabilità del 2016 (legge 28/12/2015 n. 208) che recita: “672. All'articolo 23-bis

del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, il comma 1 e' sostituito dal seguente: «1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 19, comma 6, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro il 30 aprile 2016, sentita la Conferenza unificata per i profili di competenza, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società direttamente o indirettamente controllate da amministrazioni dello Stato e dalle altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ad esclusione delle società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e loro controllate, sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per ciascuna fascia e' determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale i consigli di amministrazione di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni. Le società di cui al primo periodo verificano il rispetto del limite massimo del trattamento economico annuo onnicomprensivo dei propri amministratori e dipendenti fissato con il decreto di cui al presente comma. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto di cui al presente comma». Dalla lettura della norma si evince che, sotto il profilo del soggetto che sottopone a direzione e coordinamento viene prevista espressamente l'esclusione dello Stato, mentre rientrano nella nozione di "enti" di cui all'art. 2497 cod. civ. i soggetti giuridici collettivi per i quali la partecipazione sociale è finalizzata:

- all'esercizio della propria attività imprenditoriale ovvero
- per finalità di natura economico finanziaria.

Tale distinzione sembra avvalorare la tesi, già da tempo espressa da autorevole dottrina, in base alla quale gli enti pubblici locali (province e comuni) non potevano essere sottoposti alle disposizioni dell'art. 2497 cod. civ. in quanto svolgono eminentemente fini istituzionali e solo in parte anche attività riconducibili ai criteri dell'impresa. La norma di interpretazione autentica è più precisa e fa riferimento sia all'attività imprenditoriale propria che, in alternativa, a finalità di natura economica (conseguire ricavi superiori a costi) che finanziaria (lucrare rendite di natura finanziaria).

Su tale argomento, anche se indirettamente, la Relazione Illustrativa al *TU*soc sembra fornire ulteriori elementi interpretativi : *“la distinzione di base è quella tra società controllate, a cui si applicano la maggior parte delle norme, e società meramente partecipate, a cui se ne applicano solo alcune, relative all'azionista pubblico più che alla società . Più alla base, tutte le società partecipate hanno connotazione “pubblicistica” legata ad un'attività di interesse pubblico, mentre sono escluse, salvo alcune eccezioni, quelli avente una connotazione privatistica (che svolgono attività di impresa in regime di mercato)”*.

Quindi le società a controllo pubblico disciplinate dal *Tu* sono quelle che non possono classificarsi, in via generale, come esercenti attività d'impresa e pertanto appare molto flebile la possibilità di estendere ad una pubblica amministrazione socia la responsabilità da abuso di direzione e coordinamento ad un società che ricade nella disciplina del *TU*soc, in quanto quest'ultima verrà detenuta dalla Pubblica Amministrazione non per l'esercizio della propria attività imprenditoriale e neppure per finalità di natura economico finanziaria.

1 “ Secondo interpretazione più rigorosa, sussiste il controllo interno di diritto quando la disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria abbia ad oggetto tutte le deliberazioni dell'assemblea ordinaria a condizione che a tale maggioranza sia attribuito il potere si assumere tutte le deliberazioni medesima. Diversamente occorre appurare se, alla stregua del concetto di influenza dominante, sussista il potere che integra il controllo di fatto o si sia in presenza di una situazione di collegamento fondata sull'influenza notevole.” Maffei Alberti Commentario breve al diritto delle società III ed 2015 pagg. 466.

2 Cfr Cian. Trabucchi Commentario breve al codice civile 2014 pag. 2854.

Continua a leggere nel PDF...