



Differenze fra società di diritto privato  
e società a capitale pubblico  
a seguito del Dlgs. n. 175/2016



Arezzo, 24 novembre 2016

**Avv. Lorenzo Crocini**

# Prologo

---

- ▶ Dal principio di autonomia statutaria (Dlgs. n. 6/2003, art. 2380 c.c.) al regime vincolistico
- ▶ Dlgs. n. 175/2016 – pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 08 settembre 2016, in vigore dal 23 settembre 2016 > nuovo statuto normativo delle società a partecipazione pubblica
- ▶ Intento di raccogliere in un unico *corpus* le disposizioni sulle società pubbliche e nuovo dialogo con la disciplina codicistica che contempla tradizionalmente quale unica norma «speciale» l'art. 2449 in tema di riserva di nomina (e revoca) pubblica di amministratori e sindaci proporzionalmente alla quota vantata dallo Stato o dall'ente pubblico nel capitale sociale della Spa (norma applicabile con previsione statutaria in società che non fanno ricorso al capitale di rischio.)



# Ambito applicativo

---

- ▶ **Art. I comma 1:** *«Le disposizioni del presente decreto hanno ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta»*
  - ▶ **Art. I comma 3:** *«Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»*
  - ▶ Intenzione del legislatore di fare salve le disposizioni generali e non quelle speciali rispetto al nuovo testo normativo
  - ▶ Conferma della natura non speciale della società pubblica
  - ▶ Antinomia tra **interesse privato** sotteso alla norma di diritto comune e **interesse pubblico** legato alla funzionalizzazione dell'azione amministrativa
- 



# Regole applicative o rafforzative della disciplina di diritto societario comune

---

- ▶ **Art. 6 commi 2 e 3:** le società a controllo pubblico:
- ▶ Predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea;
- ▶ Valutano l'opportunità di integrare gli strumenti di governo societario con:
- ▶ (a) regolamenti interni a tutela della concorrenza e della proprietà industriale e intellettuale;
- ▶ (b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e complessità dell'impresa sociale > trasmissione periodica all'organo di controllo statutario di relazioni sulla regolarità ed efficienza della gestione;
- ▶ (c) codici di condotta propria aventi ad oggetto la disciplina dei comportamenti verso utenti, dipendenti, collaboratori, «*portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società*»;
- ▶ (d) programmi di responsabilità sociale di impresa
- ▶ Gli strumenti integrativi sono indicati nella relazione sul governo societario e, in difetto di integrazione, le società controllate «*danno conto delle ragioni*» nella medesima relazione annuale.



# Principio di adeguatezza dell'assetto organizzativo

---

- ▶ Il legislatore del TUS offre una chiara specificazione del principio di adeguatezza dell'assetto organizzativo emergente dalle norme di codice civile
- ▶ Art. 2381 comma 3: il Cda *«sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società»*
- ▶ Art. 2381 comma 5: *«Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»*
- ▶ Art. 2403 comma 1: il Collegio sindacale ha il dovere di vigilare *«sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo, e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»*



# Principio di adeguatezza dell'assetto organizzativo

---

- ▶ Sviluppo di criteri di economicità, efficacia, efficienza nella gestione
- ▶ Relazione sul governo societario come principale fonte informativa per l'assemblea dei soci in particolare «pubblici»
- ▶ Programmi di valutazione del rischio aziendale > salute economico finanziaria e patrimoniale della società > indicatori di crisi > adozione senza indugio dei provvedimenti necessari attraverso uno specifico ed idoneo piano di risanamento > eventuali responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi (art. 12 Tus)
- ▶ Regolamenti interni / Ufficio controllo interno e flussi informativi tra organi di controllo / Codici etici nei rapporti con gli *stakeholders*



# Responsabilità sociale: le società «Benefit»

---

- ▶ Art. I commi 376-382 della legge n. 208/2015 (legge di stabilità 2015) ha introdotto in Italia la *benefit corporation* al fine di favorire la diffusione di imprese che mirino nella loro attività economica, oltre che all'utile, anche ad una o più finalità di beneficio comune grazie a una gestione responsabile e sostenibile;
- ▶ Società con doppio scopo
- ▶ Il beneficio comune deve consistere (comma 378) nel perseguimento di uno o più effetti positivi nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni e attività culturali e sociali, enti e associazioni e altri portatori di interesse;
- ▶ Il beneficio comune dovrà essere indicato nell'oggetto sociale e dovrà essere oggetto di apposita rendicontazione annuale (Responsabile di impatto e valutazione di impatto)
- ▶ Vantaggi reputazionali



# Responsabilità degli enti e dei componenti degli organi delle società partecipate

---

- ▶ **Art. 12 comma 1:** i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dal codice civile (artt. 2393 – 2395 c.c.) – ergo giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, salva quella della Corte dei Conti per il danno erariale
  - ▶ **Art. 12 comma 2:** *«Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione»*
- 



# Cassazione S.U. n. 21692/2016

---

- ▶ Applicazione del disposto ora codificato dall'art. 12 Tu: *«Vi è giurisdizione contabile nei confronti del legale rappresentante dell'ente pubblico partecipante, se questi trascura di esercitare i poteri e i diritti del socio tesi ad indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi, in relazione ai quali non vale la distinzione tra danno diretto e danno indiretto per l'ente locale, occorrendo far riferimento al danno concretamente imputabile agli enti di cui sono rappresentanti»*
- ▶ Nella specie: per l'amministratore delegato viene statuita la giurisdizione del giudice ordinario; i sindaci dei Comuni partecipanti sono sottoposti al giudizio della Corte dei Conti, poiché l'ente pubblico ha subito un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione scaturente dall'avere, i sindaci, legali rappresentanti dei Comuni soci, colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti sociali con conseguenziale pregiudizio del valore della partecipazione.



# Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico

---

- ▶ **Art. 13:** *«(1) Nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'art. 2409 c.c., ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale. (2) Il presente articolo si applica anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata»*
- ▶ Rafforzato l'obbligo dell'ente locale di esercitare effettiva concreta e puntuale attività di verifica sulla gestione delle partecipate
- ▶ Art. 2409 c.c.: sospetto di gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate > legittimazione di soci 1/10 del capitale sociale o 1/20 per soc. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio
- ▶ Ispezione giudiziale > *«opportuni provvedimenti provvisori»* > revoca amministratori e sindaci e nomina amministratore giudiziario > eventuali azioni di responsabilità > eventuale proposta di liquidazione o ammissione a procedure concorsuali



# Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico

---

- ▶ Applicazione dell'art. 2409 c.c. estesa alle Srl a fronte del contrasto di giurisprudenza, sul punto, in relazione alle srl private (negativa, ad es., Cass. n. 430/2010 in virtù del disposto di cui all'art. 2476 c.c.)
- ▶ Tipizzazione di ipotesi di «gravi irregolarità»:
- ▶ (i) **art. 14:** omessa adozione di provvedimenti adeguati quando emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio indicatori di crisi aziendale
- ▶ (ii) **art. 16:** superamento del limite di fatturato delle società in house (l'80% del loro fatturato deve essere effettuato nello svolgimento dei compiti assegnati dall'ente di riferimento)
- ▶ (iii) **art. 25:** stipula di rapporti di lavoro in violazione della norma transitoria (formazione dell'elenco dei lavoratori eccedenti in seguito a ricognizione del personale in servizio)



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

- ▶ **Art. 3 comma 2:** (i) le pubbliche amministrazioni possono partecipare esclusivamente a società costituite in forma di Spa o Srl (ii) la Srl deve sempre dotarsi di un organo di controllo o di un revisore la cui nomina non è opzionale (deroga all'art. 2477 c.c.). Nelle Spa la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale (deroga all'art. 2409-bis c.c. sulla possibilità di affidare al collegio compiti di revisione nelle società per azioni non quotate).
- ▶ Principio immanente di funzionalizzazione dell'azione amministrativa all'interesse pubblico anche quando la p.a. fa ricorso allo strumento privatistico > giustifica la riduzione dell'autonomia negoziale e statutaria



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

- ▶ **Art. 11** – «Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico»
- ▶ «di norma» l'organo amministrativo è l'amministratore unico
- ▶ Solo per «specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa» nomina di un Cda composto da tre o cinque membri secondo i criteri del futuro Dpcm, o sistemi alternativi previsti dal Codice civile
- ▶ Rispetto del principio di equilibrio di genere nelle nomine da parte delle amministrazioni, da computare sul numero complessivo delle nomine/designazioni effettuate in corso di anno
- ▶ Nella Srl in controllo pubblico non consentita amministrazione affidata disgiuntamente o congiuntamente a due o più soci (deroga all'art. 2475 comma 3 c.c.)
- ▶ Vincolo sui compensi (un futuro DM individuerà fino a 5 fasce per la classificazione delle società secondo limiti dimensionali) con tetto massimo di € 240.000,00 al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali nonché degli oneri fiscali, tenuto conto degli altri compensi corrisposti da altre P.A. o da altre società a controllo pubblico.



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

## ► **Art. 11-seg**

- Gli amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti
  - Quando siano dipendenti della società controllante hanno obbligo di riversare i compensi alla società di appartenenza in virtù del principio di omnicomprensività della retribuzione
  - Vincoli diretti sugli statuti:
    - (a) possibili le deleghe gestorie da parte del Cda ad un solo amministratore
    - (b) esclusione della carica di vicepresidente
    - (c) divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività e divieto di trattamenti di fine mandato (tfm)
    - (d) divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società
- 



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

## ▶ **Art. 11-seg**

- ▶ Divieto per la società a controllo pubblico di stipulare patti o accordi di non concorrenza con i dirigenti ai sensi dell'art. 2125 c.c.
- ▶ Confermata l'applicazione delle disposizioni in tema di incompatibilità / inconfiribilità degli incarichi ai sensi del Dlgs. n. 39/2013.



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

- ▶ **Art. 19 «Gestione del personale»**
  - ▶ Rapporto di lavoro subordinato di tipo privato
  - ▶ Tuttavia le società a controllo pubblico devono stabilire con propri provvedimenti *«criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di **trasparenza**, **pubblicità** e **imparzialità** e dei principi di cui all'art. 35 comma 3 del Dlgs n. 165/2001»*;
  - ▶ I provvedimenti adottati sono pubblicati ai sensi del Dlgs. n. 33/2013 nel sito web istituzionale
  - ▶ In caso di mancata adozione di provvedimenti interni trova diretta applicazione l'art. 35 comma 3 cit.
- 



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

- ▶ Art. 35 comma 3 Dlgs n. 165/2001:
- ▶ «3. Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:
- ▶ a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
- ▶ b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- ▶ c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
- ▶ d) decentramento delle procedure di reclutamento;
- ▶ e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.»



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

- ▶ I contratti di lavoro stipulati in assenza delle procedure indicate sono nulli per legge
- ▶ Si applica l'art. 2126 c.c. in tema di prestazione lavorativa di fatto con violazione di legge, a tutela del lavoratore
- ▶ Vincoli di contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale



# Regole derogatorie della disciplina di diritto societario comune

---

- ▶ **Art. 22 – Trasparenza**
- ▶ *«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»*
- ▶ La riforma della trasparenza amministrativa: il Dlgs. n. 97/2016 – brevi cenni
- ▶ Accesso civico generalizzato a dati e documenti detenuti dalla società controllata dalla P.A. senza obbligo di motivazione;
- ▶ Obblighi di pubblicazione
- ▶ Responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza – organizzazione della trasparenza



# Considerazioni finali

---

- ▶ Perplessità sul *favor* normativo riposto nell'organo amministrativo unipersonale
- ▶ Giudizio finale legato al contenuto del Dpcm di futura pubblicazione
- ▶ Modello di amministrazione a struttura collegiale nelle realtà societarie strutturate:
  - ▶ (i) efficienza dei flussi informativi
  - ▶ (ii) effettività del controllo sulla gestione
  - ▶ (iii) contraddittorio interno
  - ▶ (iv) ponderazione delle scelte gestionali
  - ▶ (v) prevenzione di scelte rispondenti ad interessi particolari.



# Considerazioni finali

---

- ▶ Il forte regime vincolistico differenzia la società pubblica da quella di diritto privato
- ▶ Tendenziale assimilazione della società pubblica alla P.A.:
- ▶ (i) Oneri di prevenzione della corruzione (Legge 190/2012)
- ▶ (ii) Trasparenza amministrativa (Dlgs. n. 33/2013)
- ▶ (iii) Disciplina delle inconferibilità/incompatibilità (Dlgs. n. 39/2013)
- ▶ (iv) Nuovo onere di motivazione delle delibere assembleari > principio cardine delle decisioni adottate da organi o enti pubblici > analogie con la struttura del provvedimento amministrativo: **art. 6.5** (omessa integrazione degli strumenti di governo societario > motivazione analitica nella relazione annuale); **art. 11.3** (indicazione di specifiche ragioni di adeguatezza amministrativa nella delibera assembleare che disponga l'amministrazione della società da parte di un Cda) > antinomia rispetto alla «sovranità» dell'assemblea dei soci di diritto comune.



# Considerazioni finali

---

- ▶ Possibili conseguenze applicative:
- ▶ (i) invalidità della delibera assembleare non motivata
- ▶ (ii) responsabilità erariale per i danni provocati dall'avere optato per un sistema meramente produttivo di un aumento di costi e non giustificato da reali e specifiche esigenze di adeguatezza organizzativa.



---

▶ GRAZIE PER LA VOSTRA ATTENZIONE



# Organismo di vigilanza

---

- ▶ Previsto dall'art. 6 Dlgs. n. 231/01 ma non disciplinato dalla legge
- ▶ Monocratico o collegiale
- ▶ Autonomia e indipendenza
- ▶ Pieno accesso alle informazioni aziendali
- ▶ Gestione flussi informativi > Monitoraggio > verifica > aggiornamento
- ▶ Compiti:
- ▶ Pareri su materia di interesse
- ▶ Circolari informative
- ▶ Note e relazioni periodiche al management
- ▶ Segnalazioni e proposte
- ▶ Non ha poteri operativi né sanzionatori
- ▶ Non ha «obbligo di impedire l'evento» ex art. 40 c.p.



# Organismo di vigilanza

---

- ▶ Con particolare riguardo alla sicurezza l'Odv svolge funzione di controllo di terzo livello attraverso la ricezione di informazioni periodiche circa:
  - ▶ Infortuni occorsi o situazioni pericolose
  - ▶ Procedimenti disciplinari a carico di lavoratori
  - ▶ Sistema di deleghe adottato
  - ▶ Risultanze delle attività di audit interno
  - ▶ Contestazioni o prescrizioni ricevute da organi ispettivi o di controllo
  - ▶ Monitoraggio del contenzioso giudiziario
  - ▶ Affidamento di consulenze tecniche indipendenti

