

STUDIO DE POLI VENEZIA

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SCUOLA DI DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA, PADOVA, 21 FEBBRAIO 2019

Prof. Avv. Matteo De Poli

Università degli Studi di Padova

Studio De Poli – Venezia

INDICE

- I. INTRODUZIONE: ALCUNE PRECISAZIONI UTILI**
- II. LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI: TUTELE CIVILISTICHE E AMMINISTRATIVE**
- III. L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO: UNO SPIRAGLIO PER LA TUTELA CIVILISTICA?**
- IV. CONCLUSIONI**

I. INTRODUZIONE

ALCUNE PRECISAZIONI UTILI

INTRODUZIONE

LA DISCIPLINA RILEVANTE

- I. Art. 103, co. 2, Cost.: «La Corte dei Conti ha giurisdizione nelle **materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge**».
- II. Libro V del **Codice Civile**.
- III. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (**TUSP**).

INTRODUZIONE

LA PARTECIPAZIONE PUBBLICA NELLE SOCIETÀ

Sono società a **partecipazione pubblica** (art. 2, lett. n), *Definizioni TUSP*):

- le società in cui c'è una partecipazione al capitale da parte di una pubblica amministrazione;
- le società in cui c'è una partecipazione al capitale da parte di una società a controllo pubblico (v. a breve);
- le società a controllo pubblico stesse.

Nozioni rilevanti sulle società a controllo pubblico:

- **Controllo:** è «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» (art. 2 lett. b) TUSP);
- **Controllo analogo:** è «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'**influenza determinante** sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante» (art. 2 lett. c) TUSP);
- **Controllo analogo congiunto:** è «la situazione in cui l'amministrazione esercita **congiuntamente con altre amministrazioni** su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi...» (art. 2 lett. d) TUSP).

INTRODUZIONE

LE CARATTERISTICHE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

Capitale sociale:

- 100% di uno o più enti pubblici (separazione patrimoniale tra società e ente, ma titolarità effettiva del patrimonio in capo all'ente); o
- > 100% ma la partecipazione dei privati è insignificante.

Potere dell'ente pubblico socio:

- controllo analogo o, in caso di più enti pubblici soci, controllo analogo congiunto.
- non è sufficiente il mero controllo.

Requisito dell'attività prevalente:

- 80% fatturato deriva da compiti affidati dall'ente pubblico socio.
- Gli affidamenti generalmente sono diretti (senza gara).

NB: è una sorta di *longa manus* dell'amministrazione pubblica.

INTRODUZIONE

COME SI REALIZZA IL CONTROLLO ANALOGO NELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*?

L'art. 16, co. 2, Società in house TUSP prevede tre ipotesi:

1. gli statuti delle S.p.A. possono contenere **clausole** in deroga delle disposizioni degli artt. 2380-*bis* Amministrazione della società e 2409-*novies* Consiglio di gestione c.c.;
2. gli statuti delle S.r.l. possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di **particolari diritti**, ai sensi dell'articolo 2468, co. 3, Quote di partecipazione c.c.;
3. conclusione di appositi **patti parasociali**, che possono anche avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-*bis*, co. 1, Patti parasociali c.c.

II. LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI

TUTELE CIVILISTICHE E AMMINISTRATIVE

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI

LA «CONFUSA» DISCIPLINA DEL TUSP

Art. 12 Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate TUSP:

«1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle **società partecipate** sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle **società in house**. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

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»

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI

LE TUTELE PREVISTE DALLA NORMA

I. Azioni di responsabilità previste dal **diritto civile**:

- azione della società;
- azione della minoranza dei soci;
- azione dei creditori;
- azione del socio o del terzo;
- azione degli organi della procedura concorsuale.

II. Azione per **danno erariale**:

- differenze tra le due azioni:
 - **profili soggettivi differenti**: dolo e colpa grave nell'azione per danno erariale;
 - **solidarietà**: nella responsabilità civile, non in quella per danno erariale;
 - **trasmissibilità agli eredi**: per la responsabilità civile, non per quella per danno erariale;
- ... e criticità:
 - **natura dell'azione**: l'azione per danno erariale è risarcitoria o sanzionatoria?
 - **riducibilità dell'addebito**: è possibile nella responsabilità per danno erariale, non in quella civile.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI

NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Tutele: **coesistenza** delle tutele civilistiche e azione per danno erariale.

Azione per danno erariale **limitata** alla quota della partecipazione pubblica.

Criticità: differenza di tutela tra privato e socio pubblico.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI

NELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*

Tutela: azione per **danno erariale**.

Criticità:

- partecipazione privata seppur insignificante: azione del socio?
- differenza di tutela tra privato (e.g. creditori) e socio pubblico.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI

L'ULTERIORE RESPONSABILITÀ DEI RAPPRESENTANTI DELL'ENTE PUBBLICO SOCIO

Azione per **danno erariale** (dolo o colpa grave)

Rappresentati o titolari del potere decisorio dell'ente pubblico socio

Pregiudizio al **valore della partecipazione**.

III. L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

UNO SPIRAGLIO PER LA TUTELA CIVILISTICA?

L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

UNO SPIRAGLIO PER LA TUTELA CIVILISTICA?

Controllo analogo (o analogo congiunto) = **esautorazione de facto** dei poteri decisionali dell'organo amministrativo della società *in house*.

È **attività di direzione e coordinamento** ex artt. 2497 s.s. c.c.?

«1. Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di 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 per il 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. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

2. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio» (art. 2497 *Responsabilità c.c.*).

L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

UNO SPIRAGLIO PER LA TUTELA CIVILISTICA?

Si, perché:

- l'art. 2497, co. 1, c.c. si riferisce a «società e **enti**», comprendendo quindi gli enti pubblici.
- l'art. 16, co. 2, TUSP, quando ammette il controllo analogo tramite patti parasociali, richiama l'art. 2341-bis c.c., il quale prevede l'ipotesi di patti che abbiano «per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'**influenza dominante**»;
- l'art. 2, lett. b) TUSP, definendo il controllo dell'ente pubblico sulla società, rinvia all'art. 2359 *Società controllate e società collegate* c.c. Ex art. 2497-sexies *Presunzioni* c.c.: «... **si presume** salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359».

No, perché:

- mancano espliciti riferimenti nel TUSP;
- nell'attività di direzione e coordinamento permane **autonomia decisionale** in capo all'organo amministrativo della società eterodiretta. Nelle società *in house* invece v'è **subordinazione (gerarchica)** dell'organo amministrativo della società all'ente pubblico socio;
- quello della pubblica amministrazione che dirigerebbe e coordinerebbe la società *in house* è qualificabile come «**interesse imprenditoriale proprio o altrui**»?

IV. CONCLUSIONI

CONCLUSIONI

1. L'art 12 TUSP «costituisce la parte più oscura, confusa e contraddittoria dell'intero testo unico».
2. Deroghe al diritto societario più o meno ampie.
3. Possibili differenze di tutela tra privati e socio pubblico.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI SOCIALI NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SCUOLA DI DOTTORATO IN GIURISPRUDENZA, PADOVA, 21 FEBBRAIO 2019

STUDIO DE POLI – VENEZIA

Venezia Mestre, Via Antonio Lazzari 5 – 30174

Venezia, Santa Croce 205 – 30135

Vicenza, Contrà San Marco 25 – 36100

direzione@studiodepoli.it

www.studiodepoli.eu

STUDIO DE POLI
VENEZIA