

## **CONVEGNO DI AOSTA DEL 15 luglio 2019**

### **<<VINCOLI ED AUTONOMIA DI IMPRESA DOPO IL "TESTO UNICO MADIA">>**

**PARTE ASSEGNATA A ROBERTO FRASCINELLI**

#### ***"LA RILEVANZA DEGLI ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI E DELLA CONTINUITA' DI IMPRESA"***

##### **Relazione**

L'impiego, da parte degli enti pubblici, delle società di capitali per la gestione dei servizi pubblici o per lo svolgimento di attività strumentali alla gestione dei servizi pubblici costituisce una prassi consolidata in ambito comunitario ed internazionale, che risponde ad esigenze da lungo tempo recepite anche dal nostro ordinamento. Tuttavia la materia continua ad essere una delle più complesse ed inestricabili del nostro sistema giuridico, scontando gli effetti di un difficile e tormentato processo di produzione legislativa, caratterizzato dal continuo sovrapporsi di norme tra loro contraddittorie, emanate spesso per finalità e ambiti di disciplina diversi e influenzate dall'avvicinarsi di opposti indirizzi di politica legislativa, che il D.lgs. 175/2016 ha cercato di superare, lasciando tuttavia ampi spazi non disciplinati e ancora soggetti alla interpretazione.

La partecipazione dell'ente pubblico al capitale della società è stata invocata come presupposto per l'emanazione di norme che hanno comportato brusche deviazioni dai principi generali del diritto societario: deviazioni che si sono intensificate a seguito del recepimento, nel nostro ordinamento, del concetto di origine comunitaria di "organismo di diritto pubblico".

L'introduzione nel nostro ordinamento di tale definizione, che individua un soggetto non classificabile secondo gli schemi del diritto interno, ha permesso alla giurisprudenza di poter affermare che la normativa di diritto amministrativo si applica anche a soggetti di diritto privato, quali appunto le società per azioni a partecipazione pubblica, con riferimento a determinate materie.

Sull'onda di questo orientamento si è via via sviluppata la tendenza legislativa a restringere progressivamente i margini di libertà di azione delle società a capitale pubblico e misto, con la finalità di evitare distorsioni della concorrenza.

In questa particolare visione, influenzata dalla natura pubblica della compagine sociale, si inseriscono le disposizioni volte a prevenire l'utilizzo strumentale delle società di capitale come schermo per eludere i vincoli di finanza pubblica, o per attribuire e remunerare incarichi legati a logiche puramente politiche.

A fianco delle norme del diritto societario, che costituiscono un sistema organizzato e sufficientemente consolidato, si è infatti sviluppato un "corpus" di norme speciali che hanno disciplinato alcuni specifici aspetti delle società a partecipazione pubblica.

La mancanza di una visione sistematica da parte del legislatore ha determinato l'insorgere di una situazione di incertezza interpretativa che ha lasciato spazio al formarsi di contrapposti

orientamenti giurisprudenziali: con l'effetto di creare delicate problematiche operative per coloro (operatori del settore o professionisti e consulenti) che devono confrontarsi quotidianamente con le questioni attinenti alla gestione delle società a capitale (interamente o parzialmente) pubblico.

Il T.U. 175/2016 (Decreto Madia, o TU Partecipate) si è prefissato lo scopo di dare un inquadramento sistematico alla materia, ed in questa prospettiva ha fissato un punto fermo: cioè ha stabilito il principio dell'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica e dei loro organi alle norme del diritto privato, per tutto quanto non espressamente derogato dal decreto.

Il principio è sancito in via generale dall'art. 1, comma 3, del D. Lgs. 175/2016, ove espressamente si stabilisce che "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".

Il decreto ha tuttavia lasciato ampie aree di grigio e vari problemi irrisolti: prova ne sono i molti commenti che si sono succeduti dopo la sua emanazione, con l'obiettivo di fornire criteri interpretativi attendibili per rispondere alle questioni ancora aperte.

Per affrontare il problema specifico dell'adeguatezza degli assetti organizzativi nelle società in controllo pubblico è utile ricostruite sinteticamente il quadro normativo di riferimento.

Le società in controllo pubblico sono tenute a osservare le seguenti norme/disposizioni:

1. Legge 6 novembre 2012 n. 190 *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella P.A."*
2. D. Lgs. 14 marzo 2013 n. 33 *"Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle P.A."*
3. D. Lgs. 8 aprile 2013 n. 39 *"Disposizioni in materia di inconfiribilità ed incompatibilità di incarichi presso le P.A. e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50 della L. 190/2012."*
4. D. Lgs. 25 maggio 2016 n. 97 *"revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, correttivo della legge 190/2012 e del D.Lgs. 33/2013, ai sensi dell'art. 7 della L. 124/2015 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche."*
5. Determine/delibere ANAC:
  - a. n. 8/2015 *"Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle P.A. e degli enti pubblici economici"*.
  - b. n. 1309/2016 *"Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti di accesso civico ai sensi degli artt. 5 co.2 e 5-bis co. 6 del D.Lgs. 33/2013."*

- c. n. 1310/2016 *“Prime linee guida recanti indicazioni sull’attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel D. Lgs. 33/2013 come modificato dal D. Lgs. 97/2016.”*
  - d. N. 241/2017 *“Linee guida recanti indicazioni sull’attuazione dell’art. 14 del D.Lgs. 33/2013 <<Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali>> come modificato dall’art. 13 del D. Lgs. 97/2016.”*
  - e. N. 382/2017 *“Sospensione dell’efficacia della delibera 241/2017 limitatamente alle indicazioni relative all’applicazione dell’art. 14 co.1 lett. c) ed f) del D. Lgs. 33/2013 per tutti i dirigenti pubblici, compresi quelli del SSN”.*
  - f. N. 1134/2017 *“Nuove linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle P.A. e degli enti pubblici economici”.*
6. Il D. Lgs. 50/2016 *“Codice dei contratti pubblici”.*
  7. Il nuovo strumento di lotta alla corruzione introdotto con la legge 30 novembre 2017 n. 179 *“Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato” (whistleblowing)”.*
  8. La Legge 9 gennaio 2019 n.3 *“Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza e movimenti politici”.*

Il D. Lgs. 175/2016, integrato con il D. Lgs. 100/2017, ha ulteriormente accentuato gli obblighi di organizzazione, espressamente imponendo l’adozione di assetti organizzativi e sistemi di controllo interno idonei alla gestione dei rischi, con particolare riferimento al rischio di crisi aziendale. L’art. 6 del T.U., sotto la rubrica *“Principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico”* espressamente prevede, al comma 2, che le società a controllo pubblico *“predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l’assemblea”* nell’ambito della relazione sul governo societario che le società controllate predispongono annualmente, a chiusura dell’esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio d’esercizio.

I requisiti di organizzazione delle società in controllo pubblico sono resi ancor più stringenti dal comma 3 dell’art 6 sopra richiamato, che impone di valutare l’opportunità di integrare, *“in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché’ dell’attività svolta”*, gli strumenti di governo societario con *“a) regolamenti interni volti a garantire la conformità dell’attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale; b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla*

complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; c) codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società; d) programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea”.

Ne consegue, in estrema sintesi, che la società a partecipazione pubblica, seppur nell'interesse alla sana e prudente gestione delle risorse pubbliche e alla necessaria prevenzione dei fenomeni corruttivi, viene sottoposta a obblighi stringenti che comportano oggettivi vincoli al potere gestorio degli amministratori e con innegabili sovra-costi rispetto alle altre società commerciali non a partecipazione pubblica.

Infatti nelle società a controllo pubblico gli organi di gestione sottostanno a specifici obblighi nei quali rientrano:

- l'adozione del Piano per la trasparenza e la prevenzione della corruzione;
- il Modello di Organizzazione e Gestione ex D. Lgs. 231/2001 che in base alle indicazioni ANAC delibera n. 8 del 17.6.2015 deve essere adottato;
- specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, di controlli interni e di amministrazione che richiedono – in base al criterio della proporzionalità - l'istituzione di un ufficio di controllo interno che deve cooperare con il collegio sindacale circa la verifica della regolarità e della efficienza della gestione (art. 6 lett. b), in grado di adottare senza indugio provvedimenti necessari per prevenire l'aggravamento della crisi (art. 14 d.lgs. 175/2016); va ancora osservato che l'efficienza deve essere intesa anche nella preliminare verifica di compatibilità fra le risorse finanziarie disponibili e gli obiettivi da perseguire al fine di porre in essere le eventuali misure correttive;
- l'istituzione di regolamenti interni volti alla tutela della concorrenza;
- programmi di responsabilità sociale d'impresa.

Nello specifico, e ponendo attenzione ai programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, assume rilevanza l'analisi parallela fra gli articoli 6 e 14 del d.lgs. 175/2016 e la disciplina civilistica, in particolare dopo l'introduzione del D.Lgs. 14/2019 (Codice della crisi e dell'insolvenza), che nel rinnovato art. 2086 2° comma c.c. prevede il *“dovere dell'imprenditore di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale....”*.

Detta “Norma” è fondamentale nella sua diretta applicazione alle società pubbliche, non solo per il richiamo normativo contenuto all'art. 1 comma 3 del d.lgs. 175/2016, ma per i doveri cogenti in

capo ai “soci” (l'imprenditore) e agli amministratori, cui compete la gestione (Art. 2380 bis c.c.), di valutare la “natura” dell'impresa e di istituire adeguati assetti organizzativi anche in funzione di rilevare stati di crisi o di non continuità.

Di qui la necessità di dare rilevanza centrale al dovere dell'organo gestorio di adottare assetti organizzativi adeguati al fine di intercettare tempestivamente la crisi aziendale e di intervenire salvaguardando la continuità aziendale, in relazione al dovere dell'organo di controllo di cui all'art.2403 c.c..

L'adeguatezza degli assetti organizzativi (compreso il sistema di controllo interno) costituisce un elemento qualificante del principio di corretta amministrazione.

Appare tuttavia davvero arduo garantire l'assolvimento di tale obbligo nel quadro normativo sopra descritto, in cui spiccano le numerose disposizioni (assai discutibili e discusse e spesso di difficile interpretazione) che hanno limitato in misura significativa la libertà dell'azionista pubblico di definire gli assetti gestori della società e che condizionano pesantemente l'organo amministrativo in sede di attuazione degli adeguati assetti organizzativi imposti dalla disciplina sopra richiamata.

Si tratta in particolare delle varie norme che introducono limiti alla composizione dell'organo gestorio e financo alla modalità di attribuzione dei poteri in seno all'organo amministrativo.

La prima, stringente, limitazione è quella prevista dai commi 2, 3, e 4 dell'art. 11 del T.U., che (sotto la rubrica: Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico) sancisce i seguenti principi imperativi in tema di composizione dell'organo amministrativo:

- (comma 2) *L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico.*

- (comma 3) *L'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri (...).*

- (comma 4) *Nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico, le amministrazioni assicurano il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno. Qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto prevede che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge 12 luglio 2011, n. 120.*

La seconda limitazione è quella prevista dal comma 9 dell'art. 11, che stabilisce che “*Gli statuti delle società a controllo pubblico prevedono altresì (...) l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea*”.

Di estrema importanza è infine la previsione dell'art. 16 comma 2 lettera a) dettata per le società in house, che richiederebbe un approfondimento specifico proprio con riguardo al combinato disposto delle norme civilistiche e di quelle speciali.

Questa seconda limitazione appare ancora più assurda per chi analizzi la normativa dall'angolo di visuale proprio del diritto societario: infatti, la distribuzione di deleghe in seno al consiglio di amministrazione, secondo criteri di competenza, professionalità ed efficienza, costituisce un presupposto essenziale per garantire assetti organizzativi adeguati ed una ripartizione delle responsabilità coerente con i ruoli rivestiti. Mentre, sotto altro profilo, ai fini specifici della gestione del rischio preso in considerazione dal Dlgs. 231/2001, nelle organizzazioni complesse il principio della separazione dei poteri costituisce uno strumento fondamentale per attuare adeguati sistemi di controllo interno volti a monitorare e ed evitare il rischio di commissione di reati presupposto.

Le limitazioni sopra descritte trovano tuttavia la loro spiegazione in due fenomeni particolarmente radicati nel contesto economico, sociale e normativo contemporaneo.

Il primo fenomeno è quello del progressivo innalzamento della soglia comune di tolleranza verso comportamenti clientelari, quando non apertamente corruttivi, in un Paese che ha addirittura necessità di stabilire per legge l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di dismettere o liquidare le "società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti" (così, testualmente, recita l'art. 20 del TU 175/2016, sotto la rubrica "Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche"): fenomeno che il Legislatore mira a contrastare con l'illusoria convinzione (che caratterizza gli interventi legislativi che si sono succeduti in materia) di poter contenere gli abusi e stimolare comportamenti virtuosi apponendo vincoli alle modalità di organizzazione e gestione delle società, anziché premiando gli amministratori capaci ed onesti e rimuovendo e sanzionando i negligenti e i corrotti.

Il secondo fenomeno è la tradizionale tendenza delle amministrazioni pubbliche a replicare, anche nel più evoluto e sofisticato sistema delle società di capitali, il modello organizzativo tipico delle "aziende speciali", in cui le cariche di rappresentanza dell'ente sono affidate a soggetti investiti di un ruolo essenzialmente politico, mentre la gestione operativa è di regola affidata al Direttore Generale, e cioè ad un soggetto che, nonostante l'elevato grado di autonomia e responsabilità, è comunque legato da un rapporto di subordinazione gerarchica verso i soggetti che rappresentano l'ente.

La realtà è infatti caratterizzata dalla presenza di un elevato numero di società in controllo pubblico (in particolare quelle che ricevono affidamenti diretti in house) in cui i componenti del consiglio di amministrazione sono addirittura privi di deleghe e le funzioni gestorie sono svolte dal Direttore Generale, che nella maggior parte dei casi riceve indicazioni direttamente dall'azionista pubblico di controllo e nella gestione quotidiana si uniforma alle indicazioni di quest'ultimo, senza previamente informare il consiglio di amministrazione.

Alla luce del quadro sopra delineato, e per concludere questa breve disamina, si possono formulare due ordini di considerazioni.

Il primo ordine di considerazioni è di natura operativa, e consiste nell'individuazione delle linee di azione che può essere opportuno attuare per garantire una gestione improntata ai principi di cui agli artt. 2381 e 2086 c.c..

Ai fini della soluzione delle problematiche operative illustrate al paragrafo che precede occorre innanzitutto tenere presente che gli assetti organizzativi (e tra questi il sistema di ripartizione dei poteri) devono tener conto ed essere ritagliati sulla singola realtà aziendale: devono cioè essere elaborati sia in funzione delle sue dimensioni e della struttura organizzativa dell'attività svolta, sia sulla natura della società e della sua composizione azionaria e della disciplina speciale eventualmente applicabile.

Pertanto, e indipendentemente dalle critiche sollevate dai commentatori al regime imposto dal TU 175/2016, il problema dell'attribuzione dei poteri e delle deleghe deve necessariamente essere affrontato tenendo conto delle indicazioni vincolanti, ed anzi imperative, impartite dal citato TU, che per le società in controllo pubblico (ed in particolare per le «società inhouse») impone la concentrazione di ampi poteri in un unico soggetto.

Sempre in linea generale occorre osservare che, per vari motivi (ad esempio per garantire eventuali equilibri tra i soci, o per ragioni di speditezza decisionale, o – come nel caso delle società in controllo pubblico - sia necessario concentrare i poteri in pochi soggetti, o addirittura in unico soggetto), l'adeguatezza del sistema dei poteri potrà essere salvaguardata concentrando l'attenzione sulle procedure volte a regolare l'assunzione e attuazione delle decisioni: occorrerà cioè attivare un sistema di controlli volti a far sì che le decisioni – assunte ai vari livelli - vengano attuate solo se e quando siano state rispettate le regole volte a disciplinare le varie fasi del processo decisionale.

Il secondo ordine di considerazioni si traduce in suggerimenti di politica legislativa, che si fondano sulla constatazione di un'evidente “disparità di trattamento” tra società in controllo pubblico e società in controllo privato: disparità originata da norme volte a garantire la concorrenza e a riequilibrare il “maggior peso” che la società pubblica esercita sui liberi mercati, che hanno tuttavia avuto l'effetto di creare vincoli tali da sovvertire la situazione a vantaggio delle imprese private costituite con la stessa forma societaria.

Ne deriva la necessità di una riflessione sulla stessa applicabilità alle società pubbliche dell'art. 2247 c.c. ovvero la compatibilità tra lo scopo di conseguire e “dividere gli utili” e lo svolgimento di funzioni proprie degli enti, almeno per quel che riguarda le società in house.

Ed infatti la gestione delle società in controllo pubblico comporta, per chi debba assumersi la responsabilità della loro amministrazione, uno sforzo improbo, a causa delle problematiche interpretative ed attuative generate da una disciplina che spesso ha l'effetto di ritardare, intralciare

o addirittura impedire l'assunzione di decisioni di natura organizzativa che richiedono invece speditezza e determinazione.

Come si è fatto cenno in precedenza, l'applicazione alle società a partecipazione pubblica della disciplina delle società di capitali, comporta il loro assoggettamento allo stesso sistema dei doveri e delle responsabilità degli amministratori, che si focalizza sugli obblighi di professionalità, efficienza, pianificazione ed attuazione di assetti organizzativi adeguati all'entità ed alla struttura dell'impresa, codificati dagli articoli 2381 e 2392 c.c..

Tali obblighi sono tuttavia limitati e compressi dalle norme, succedutesi nel tempo, che hanno ridotto entro margini ristretti la libertà degli azionisti e dei loro manager di adottare la struttura organizzativa più adeguata per garantire l'efficienza e minimizzare i rischi che dall'esercizio dell'attività sociale derivano alla società, ai creditori e più in generale a tutti i cosiddetti "stakeholders" che a vario titolo entrano in contatto con la società o sono comunque interessati dal suo operare.

A ciò si aggiungano le disposizioni di cui all'art. 11 del TU Partecipate, che, alla rubrica "Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico", pone limitazione ai compensi degli amministratori delle società in controllo pubblico, disincentivando l'assunzione di ruoli gestori di rilievo da parte delle persone consapevoli delle responsabilità, talora delicatissime, legate all'assunzione della carica.

Fatte queste brevi considerazioni e premesse, non si può non chiedersi se il sistema sopra richiamato sia coerente con i principi della nostra Costituzione e del Trattato UE, posto che opera un'evidente discriminazione (quanto ad assetti organizzativi e modelli di governance) tra società aventi medesima forma tipica, medesimo oggetto e funzione, ma diversa compagine sociale (pubblica o privata), sulla base del semplice fatto della partecipazione o meno alle stesse di enti pubblici.