



La gestione della crisi nelle società a partecipazione pubblica

prof. avv. Luca Geninatti Satè

Torino, 13 dicembre 2022

Agenda

Società pubbliche: nozione e tipi

Codice della crisi e d.lg. n. 175/2016

Il soccorso finanziario e i suoi limiti

La responsabilità erariale degli amministratori

La responsabilità nelle società *in house*

Società pubbliche: nozione e tipi

società a controllo pubblico:

le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano:

(i) il controllo descritto nell'art. 2359 c.c.

oppure

(ii) il controllo che sussiste 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

società a partecipazione pubblica:

le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico

Codice della crisi e d.lg. n. 175/2016

art. 1 d.lg. n. 14/2019

Il codice disciplina "le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, [...] che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o **società pubblica**, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici".

Sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle **società pubbliche**.

art. 2, d.lg. n. 14/2019

Si intendono per società pubbliche»:

- le società a controllo pubblico,
- le società a partecipazione pubblica
- le società *in house*

di cui all'art. 2 del d.lg. n. 175/2016.

Il soccorso finanziario

art. 14, commi 2 e 4, d.lg. n. 175/2016

2. Qualora **emergano**, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio, **uno o più indicatori di crisi aziendale**, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i **provvedimenti necessari** al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, **attraverso un idoneo piano di risanamento**.

3. [...] la mancata adozione di provvedimenti adeguati [...] costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile.

4. Non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte,

Il soccorso finanziario

art. 14, comma 5, d.lg. n. 175/2016

Le amministrazioni non possono sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

Interpretazioni della Corte dei Conti

Esistono due diverse ipotesi di divieto di soccorso finanziario

(Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Lazio, 76/22/PAR)

Caso 1

*Per i casi in cui emergano “uno o più indicatori” della crisi, si **consente** qualsiasi forma di soccorso finanziario, a condizione che sia approvato un piano di risanamento (“piano di ristrutturazione aziendale”) dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività svolte.*

Caso 2

*Nel caso di perdite per tre esercizi consecutivi (cui è equiparato quello dell’utilizzo di riserve disponibili per il ripianamento delle perdite), la regola è il **divieto** di soccorso finanziario, eccezionalmente ammesso, ma solo nelle forme di “*trasferimenti straordinari*”, a condizione che gli stessi siano previsti da un piano di risanamento approvato*

Divieto di soccorso finanziario e aumento di capitale ridotto al di sotto del minimo

Il divieto di soccorso finanziario previsto dal **comma 5** del d.lg. n. 175/2016 ("caso 2") prevede come eccezione quanto previsto dall'art. 2447 c.c..

L'art. 2447 c.c. stabilisce che se, per la perdita di oltre un terzo del capitale sociale, questo si riduce al di sotto del minimo legale, l'organo amministrativo deve senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale sociale e il contemporaneo aumento del medesimo *“a una cifra non inferiore al minimo”*, o la trasformazione della società

Interpretazioni della Corte dei Conti

Nei casi di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, la società partecipata e, per essa, il socio pubblico, sono chiamati a effettuare una **scelta discrezionale tra le seguenti alternative**:

- (1) scioglimento della società mediante avvio della fase di liquidazione;
- (2) trasformazione della società da s.p.a. in s.r.l., sempre che il valore del capitale sociale residuo non sia inferiore (anche) al minimo previsto per il tipo societario s.r.l.;
- (3) conservazione della s.p.a. mediante aumento del capitale sociale a una cifra non inferiore al minimo previsto dalla legge, secondo la previsione letterale dell'art. 2447.

La scelta deve essere conforme ai criteri generali dell'azione amministrativa (economicità, efficienza, ragionevolezza e proporzione) oltre ai criteri specifici di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica (art. 1, c. 2, Tusp) e del numero di partecipazioni societarie (art. 18, l. n. 124/2015).

Interpretazioni della Corte dei Conti

il ripristino del capitale sociale minimo rappresenta il **presupposto logico-giuridico della conservazione dell'impresa societaria in crisi 'grave' e, quindi, del soccorso finanziario pubblico**, da autorizzare con l'approvazione di un idoneo piano di risanamento o con l'adozione del d.p.c.m. previsto dall'ultimo periodo dell'art. 14, comma 5

il ripristino del capitale sociale minimo va subordinato alla sussistenza di effettive prospettive di risanamento della società partecipata in crisi 'grave'.

Il rifinanziamento, pertanto, è ammesso solo nella prospettiva della prosecuzione dell'attività sociale, in coerenza con un programma industriale o un business plan di medio lungo periodo; di contro, la possibilità di effettuare finanziamenti straordinari è vietata nei confronti di società che non sono più in grado di proseguire, utilmente, la loro gestione caratteristica.

Soccorso finanziario e aumento del capitale ridotto sotto il minimo

La previsione che fa salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c. **non è propriamente un deroga** al divieto di soccorso finanziario.

Sembra piuttosto che il legislatore, con una previsione con funzione interpretativa, abbia inteso chiarire all'interprete la vigenza di un obbligo di legge non scalfito dalle nuove disposizioni.

In tali circostanze, laddove si opti per una riduzione e un contestuale aumento del capitale sociale, per quanto l'art. 2447 c.c. **non si deve procedere a un aumento del capitale superiore al minimo.**

Conclusioni sul punto

Nel sistema di regole e principi introdotto dal d.lgs. n. 175/2016, in caso di 'grave' crisi della società a partecipazione pubblica, riconducibile alla previsione di cui all'art. 14, comma 5 (perdite per tre esercizi consecutivi) **il ripristino del capitale sociale minimo presuppone l'approvazione di un piano di risanamento** o l'adozione del d.p.c.m. previsto dal terzo periodo della norma.

L'eventuale ricapitalizzazione ai sensi dell'art. 2447 c.c. deve attestarsi, di regola, nella misura del minimo legale, salva la sussistenza di particolari ragioni, previste nel piano di risanamento, idonee a giustificare una ricapitalizzazione di maggiore entità, fermo restando, in ogni caso, l'onere di motivare analiticamente l'operazione, ai sensi dell'art. 5, del Tusp

Responsabilità erariale degli amministratori

Dalla violazione delle predette regole può discendere una responsabilità erariale degli amministratori

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

Art. 12, comma 2 d.lg. n. 175/2016

Responsabilità erariale degli amministratori

Cass., SS.UU., 11 settembre 2019, 22712

Il danno al patrimonio di una società a partecipazione pubblica derivante da una “mala gestio” da parte degli amministratori (o dei componenti dell’organo di controllo) non può essere qualificato in termini di danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della detta società sia socio.

Non appare configurabile né un rapporto di servizio tra l’agente e l’ente pubblico titolare della partecipazione né un danno erariale diretto che si produca immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio.

Il rapporto di servizio, infatti, può configurarsi esclusivamente tra società ed ente pubblico e non già tra quest’ultimo e gli amministratori della prima. Di conseguenza, il danno eventualmente arrecato dagli amministratori al patrimonio della società non può essere qualificato come erariale perché non riferibile direttamente all’ente pubblico socio.

Responsabilità nelle società *in house*

art. 12, comma 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.

art. 12, comma 1

Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*.

Nozione di "danno erariale" e tipi di responsabilità nelle società *in house*

La nozione di danno erariale stabilita dall'art. 12, comma 1 comporta che, nelle società *in house*, il danno sia "sempre e solo" erariale?

Oppure la norma va intesa nel senso che, mentre nelle società partecipate la responsabilità è sempre e solo civilistica, nelle società *in house* può configurarsi anche un danno "diverso", la cui azione va intentata davanti al giudice ordinario ?

Concorso tra azione contabile e azione civile

Orientamento a favore della coesistenza di azione contabile e azione civile risarcitoria

Nelle società *in house*, laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio.

(Cass., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406; Cass., SS.UU., 10 aprile 2019, n. 10019)

Orientamento a favore della alternatività fra azione contabile e azione civile risarcitoria

Sul danno provocato a una società *in house*, non c'è un giudizio civile o un giudizio contabile esclusivo, ma entrambi sono proponibili in via alternativa, con la conseguenza che, avviata una azione, l'altra non risulterà più proponibile

(Cass., SS.UU., 15 gennaio 2021, n. 614)

con la conseguenza, però, che se viene avviato prima il giudizio contabile, i creditori sociali potrebbero rimanere insoddisfatti.

La gestione della crisi nelle società a partecipazione pubblica

Torino, 13 dicembre 2022

lgpa | AVVOCATI

10128 Torino
corso Re Umberto, 45

20122 Milano
via Montenapoleone, 8

info@lgpa.it