

LLR n. 2/2018



*Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica nel quadro degli interventi normativi su impresa e società **

di **GIAN DOMENICO MOSCO**

1. Sta a me parlare delle società a partecipazione pubblica, oggetto del testo unico approvato, ormai due anni fa, con il d. lgs 19 agosto 2016, n.175.

Il compito è affidato a un gius-commercialista – e non, come per gli altri temi, a un cultore del diritto amministrativo – per via di una regolamentazione sì evidentemente di confine tra pubblico e privato, ma pur sempre relativa a società collocate dal T.U. nel territorio normativo del diritto societario e in genere del diritto privato. Una collocazione che non deriva solo dalla scelta di rendere applicabile il diritto societario e privato per quanto non disposto dal T.U. (art. 1, co. 3), ma anche da quelle disposizioni del d. lgs n. 175/2016 che la ribadiscono direttamente e in concreto, come nel caso dell'art. 14 che assoggetta le società a partecipazione pubblica a fallimento e concordato preventivo e, se ne ricorrono i presupposti, all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, dunque alla regolamentazione privatistica delle procedure concorsuali.

Sono, allora, soprattutto le conferme, le deviazioni, gli arricchimenti del diritto privato societario a richiamare l'attenzione.

2. Vorrei anzi tutto soffermarmi brevemente sul “come” è stato realizzato l'obiettivo – chiaro già dall'intitolazione di testo unico del d. lgs n.175/2016 – di dare una collocazione unitaria e organica ai molteplici interventi normativi che si erano succeduti in materia, per indicare poi “come” le modalità prescelte collocano il T.U. nell'ambito degli interventi normativi su impresa e società degli ultimi anni.

La scelta è stata, a me pare, nel senso di privilegiare un riordino fortemente caratterizzato in senso imperativo, che inserisce nella cornice del

comune diritto societario molte regole inderogabili, non poche formalmente diverse, ma nella sostanza non troppo lontane e ispirate da quelle che si applicano alle pubbliche amministrazioni controllanti. Ma, al di là di questo, un riordino costruito anche su norme di dettaglio, pervasive nel vincolare le società e la loro *Governance*, riducendone in modo significativo gli spazi di autonomia statutaria (come ha osservato Bernardo Mattarella). È una scelta certamente dovuta *in primis* alle esigenze propriamente pubblicistiche, ma riflette almeno in parte un approccio normativo che negli anni scorsi ha permeato una parte significativa della legislazione sull'impresa.

Mi limito a un paio di esempi: la riforma dell'estate 2017 sull'impresa sociale (d. lgs n. 112/2017) e il connesso codice del terzo settore (d. lgs n. 117/2017). La riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza prevista dalla di poco successiva legge delega 30 ottobre 2017, n. 155, che tocca anche il diritto societario prevedendo la modifica di norme importanti del libro V del codice civile, destinata a concretizzarsi sulla base delle bozze di decreti delegati inviate dalla Commissione Rordorf al precedente Governo e che l'attuale sembra orientato a emendare, ma a portare complessivamente avanti per approvare i decreti entro la metà di gennaio.

La stagione normativa subito precedente, specie con riguardo al diritto societario, è stata invece di segno opposto, con l'eccezione solo delle società quotate. Penso alla riforma delle società di capitali del 2003, che ha marciato, come è stato detto (D'ALESSANDRO), dietro al "vessillo" dell'autonomia statutaria. Penso ancor più alla serie di interventi normativi sulla s.r.l. semplificata, a capitale ridotto, con un organo di controllo non solo sempre più eventuale, ma rappresentato da un sindaco unico e con l'alternativa della nomina di un revisore esterno. Penso alle deroghe societarie applicabili alle *start-up* innovative, poi alle PMI innovative, poi a tutte le PMI, che come sappiamo utilizzano, tra le società di capitali, quasi solo la s.r.l.

È come se il nostro legislatore indossasse due vestiti: uno del tutto informale (jeans strappati e t-shirt) quando opera più o meno d'urgenza sotto la pressione di qualche parte sociale o altra lobby, dimentico di ogni attenzione

sistematica e fautore di scelte di deregolamentazione con un ampio ruolo lasciato all'autonomia privata; un altro, invece, più che formale – un tight, uno smoking – rigido e dirigitico, quando si assume il compito di dare organicità e – stando a quanto in genere dichiarato e non fatto – semplificare il tessuto normativo preesistente, in occasione di testi unici e codici di vario genere.

Mi permetto di osservare che il legislatore potrebbe – dovrebbe – indossare sempre lo stesso vestito, curato nell'attenzione all'impianto normativo complessivo nel quale si inserisce la nuova legge, attento alla qualità delle norme, equilibrato nell'individuare su cosa è necessario intervenire, vigile nel soppesare quando è davvero indispensabile ricorrere a regole imperative piuttosto che lasciare spazio all'autonomia statutaria, magari in qualche modo da lui stesso chiamata a farsi carico di alcune soluzioni di regolamentazione, allora privata e non pubblica (e si dirà di un esempio positivo presente proprio nel T.U. in commento).

3. Quanto al contenuto del testo unico, mi limito a qualche considerazione su una piccola parte delle regole organizzative dettate per le società a controllo pubblico (e non *in house*) sotto il profilo degli assetti organizzativi.

Anzi tutto sotto il profilo strutturale, in relazione al quale il d. lgs n. 175/2016 ha proceduto in termini “quantitativi” opposti rispetto a gestione e controllo, diversamente da quanto ha fatto con riguardo alle funzioni e alle competenze degli organi deputati alle due funzioni, che si è uniformemente preoccupato di rafforzare.

Quanto alla gestione, la scelta del T.U. è di evitare strutture pletoriche o sovrabbondanti o inutili.

Da qui le regole dell'art. 11. Sull'amministratore unico, pur resa più facilmente superabile dal decreto correttivo (co. 2 e co. 3). Sul divieto, imposto agli statuti in presenza di un c.d.a., sia di prevedere più amministratori delegati, salva la possibilità di conferire poteri gestionali anche al presidente previa autorizzazione assembleare, indicata nello statuto e data dall'assemblea (co. 9,

lett. a), sia di nominare un vicepresidente (co. 8, lett. b). Sulla preclusione a istituire, se non previsti dal diritto societario del tipo utilizzato, altri organi (co. 9, lett. d) o comitati (co. 13); ovvero di scegliere, nella s.r.l., le modalità personalistiche di amministrazione pluripersonale (disgiuntiva o congiuntiva: co. 5), in quest'ultimo caso anche per evidenti ragioni di cautela rispetto agli interessi dell'amministrazione pubblica.

In relazione al controllo, l'intenzione è invece di rafforzare le strutture, sia di *Corporate*, sia di *Internal Governance*.

Nelle s.p.a. la revisione legale dei conti non può mai essere demandata al collegio sindacale, spettando sempre a un revisore esterno.

Nelle s.r.l. diviene obbligatoria la nomina dell'organo di controllo o del revisore (art. 3, co. 2).

È una scelta che da un canto ribadisce quella del d. lgs. n. 112/2017 sull'impresa sociale, che all'art. 10 rende obbligatorio l'organo sindacale; dall'altro canto anticipa e radicalizza per le società soggette a controllo pubblico quella della riforma della crisi e dell'insolvenza. La legge delega n. 155/2017 – e così la bozza di decreto delegato di modifica al codice civile – prevede infatti una forte estensione dei casi di obbligatorietà della nomina dell'organo di controllo o del revisore (art. 14, co. 1, lett. g), escludendo solo le s.r.l. microimprese (con una disposizione che ha suscitato molte critiche, specie con riferimento al parametro del numero di dieci dipendenti che si teme possa scoraggiare le assunzioni). Ora, come si sa, l'esclusione riguarda anche una parte significativa delle piccole imprese, oltre a medie e grandi, e si basa su situazioni e parametri che non fanno riferimento al numero degli occupati.

Resta però – in entrambi i provvedimenti – l'alternativa, oggi prevista dall'art. 2477 c.c., tra organo di controllo e revisore esterno, superata invece dalla riforma dell'impresa sociale rendendo sempre obbligatoria la nomina di uno o più sindaci e quella del revisore allorché per due esercizi consecutivi l'impresa sociale superi due dei limiti indicati nel co. 1 dell'art. 2435-*bis* c.c., salve disposizioni più restrittive relative al tipo adottato. Un'alternativa che dà luogo a un vuoto di vigilanza, se è scelto il revisore, sulla conformità alla legge

e all'atto costitutivo e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione non rilevanti ai fini contabili e di bilancio, almeno se lo statuto non dispone espressamente a riguardo. E che, nel caso del T.U., comporta anche qualche difficoltà di applicazione, se c'è il revisore, di norme che fanno riferimento esclusivamente all'organo di controllo (più avanti se ne darà un esempio). Resta invece fermo che se c'è l'organo sindacale, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale della s.p.a. (art. 2477, co. 5, c.c.).

La riforma della crisi dell'insolvenza prevede nondimeno il controllo giudiziario sull'amministrazione con l'applicazione dell'art. 2409 c.c., anche in mancanza di organo di controllo (e anche se c'è solo il revisore, estraneo alle regole del 2409 c.c.).

Il T.U. in commento dedica un intero articolo, l'art. 13, al controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico.

Lo fa però con una tecnica legislativa peculiare, tanto più anomala perché il T.U. è tra i più curati sotto il profilo della qualità delle norme.

Infatti, nel co. 1 si consente a ciascuna amministrazione pubblica socia di presentare la denuncia anche se non raggiunge il decimo del capitale sociale (o, nelle società con capitale diffuso tra il pubblico in misura rilevante, il ventesimo; alle quotate il T.U. non si applica, salvo espressa previsione (art. 1, co. 5), qui mancante).

Nel co. 2 si dispone poi l'applicazione dell'articolo (del co. 1) anche alle s.r.l. soggette a controllo pubblico.

Gli interpreti ne hanno giustamente dedotto l'applicazione generalizzata alle s.r.l. a controllo pubblico dell'art. 2409, giacché altrimenti il secondo comma non avrebbe alcun senso, non applicandosi attualmente questo articolo alla s.r.l. secondo l'opinione prevalente e preferibile, neanche (ma è più discusso) nel caso d'organo sindacale obbligatorio.

A stretto rigore, l'art. 13 non dice (nemmeno nella rubrica) che l'art. 2409 si applica alle s.r.l. a controllo pubblico, limitandosi il co. 1 a incidere sulla

legittimazione: se ne potrebbe concludere, inutilmente per le s.r.l. (a controllo pubblico) alle quali l'art. 2409 non si applica.

In ogni caso, se si farà la riforma della crisi d'impresa con l'applicazione generalizzata dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. il problema sarà risolto alla radice.

4. Anche sotto il profilo dei controlli interni il T.U. aggiunge e non toglie sotto il profilo strutturale.

In particolare, assume rilievo la previsione dell'art. 6, co. 3, lett. b) sull'istituzione di un "ufficio – si noti, un ufficio e non una funzione – di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alle complessità dell'impresa sociale", chiamato a collaborare con l'organo di controllo, rispondere alle sue richieste, trasmettergli periodicamente relazioni sulla regolarità e sull'efficienza della gestione.

L'istituzione dell'ufficio non è obbligatoria, ma spetta alla società valutarla, insieme ad altri strumenti che pure finiscono per incidere sugli assetti o sull'attività della società (regolamenti sulla conformità, codici di condotta, programmi di responsabilità sociale) in considerazione delle dimensioni, delle caratteristiche organizzative e dell'attività svolta, con l'applicazione, come è stato notato da qualche interprete, del principio *comply or explain*: se non lo si istituisce (o non si adottano gli altri strumenti) bisogna dar conto delle ragioni nella relazione sul governo societario, da predisporre annualmente e pubblicare contestualmente al bilancio di esercizio indicando gli strumenti adottati. Relazione, sia detto per inciso, alla quale non è affatto detto – come sostenuto da molti – che si applichi l'art. 123-bis del T.U. della finanza, non richiamato e il cui campo di applicazione è limitato alle società emittenti valori quotati in mercati regolamentati; con la conseguenza che il contenuto della relazione, al di là delle scarse indicazioni a riguardo del d. lgs n. 175 (art. 6, co. 4 e co. 5), è lasciato alle scelte d'autonomia delle società a controllo pubblico.

5. L'ultimo profilo relativo agli assetti che vorrei ricordare concerne la previsione dell'art. 6, co. 2, del T.U. secondo la quale le società a controllo

pubblico predispongono, informando l'assemblea, "specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale", programmi propedeutici a far sì che, qualora nella loro applicazione emergano uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo adotti "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".

Anche qui il T.U. anticipa la riforma della crisi e dell'insolvenza, che fa dell'istituzione di assetti adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi un dovere generale dell'imprenditore assieme a quello di attivarsi tempestivamente per utilizzare uno degli strumenti ordinamentali per il superamento della crisi. Per il vero, il d. lgs n. 171 lo fa partendo dalla individuazione dei percorsi (i programmi) per valutare il rischio di crisi, non direttamente delle modalità di governo – quanto a compiti, mansioni, procedure operative – di questo rischio (gli assetti), assumendo comunque la differenza un significato più terminologico che sostanziale, volendo il riferimento ai "programmi" individuare, a me pare, solo un punto di partenza che non può non portare anche alla definizione di assetti adeguati.

Come si sa, nel diritto societario, in particolare della s.p.a., la principale specificazione del dovere di corretta amministrazione è costituita proprio dall'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, come si evince dall'inciso "in particolare" utilizzato dall'art. 2403 c.c. (ripreso da ultimo dal d. lgs n. 112/2017 sull'impresa sociale). Un dovere di correttezza che trova nell'art. 2381 c.c. il suo primo fondamento, là dove nel co. 5 impone agli organi delegati – o in mancanza, allo stesso c.d.a. – di curare che "l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa"; e nel co. 3 al consiglio di valutare l'adeguatezza degli assetti "sulla base delle informazioni ricevute" dai delegati.

La riforma del 2003 ha in effetti fatto degli assetti il primo campo d'attuazione, sotto il profilo logico e temporale, dei doveri degli amministratori, indicando nella loro adeguatezza un *sub* criterio di condotta al quale gli organi

societari devono attenersi allorché li configurano, attuano, verificano e vigilano sulla loro configurazione e sul loro concreto funzionamento.

Oggi, dunque, una corretta amministrazione non si attua e misura solo nelle operazioni concretamente poste in essere, ma prima ancora negli assetti adeguati che costituiscono la cornice dentro la quale compierle e monitorarle. Adeguatezza degli assetti, secondo un principio di proporzionalità, che la complessità dell'attività amministrativa rende sempre più importante e che si configura come un presidio fondamentale per gli stessi amministratori, anche esecutivi, i quali dell'intera operatività dell'impresa ovviamente non si possono occupare nemmeno in chiave solo di guida o monitoraggio. Importanza che, sia detto per inciso, non deve però fare dimenticare che il compito centrale degli amministratori è gestire l'impresa e che di questo dovrebbe soprattutto occuparsi il consiglio di amministrazione, nel rispetto del suo ruolo soprattutto – ma non soltanto – di monitoraggio.

L'importanza degli assetti trova in definitiva piena conferma nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica, che ribadisce quanto la loro adeguatezza, non solo relativa al rischio di crisi, sia oggi fondamentale per imprese e società, private o pubbliche.

* Il testo riproduce in forma scritta la relazione sulle società a partecipazione pubblica svolta al convegno *“Le mobili frontiere del diritto amministrativo e la recente stagione di riforme”*, che si è tenuto a Roma presso la Luiss Guido Carli il 25 settembre 2018.

Nota bibliografica

Sul T.U. in materia di società a partecipazione pubblica v. G. GUERRERA, *Crisi e insolvenza della società a partecipazione pubblica*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 1/2017; G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017; R. GAROFOLI – A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018, dove anche il contributo di B.G. MATTARELLA, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, p. 3 ss., cit. nel testo; C. IBBA – I. DEMURO (coordinato da), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018; C. IBBA, *Crisi dell'impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO e F. VESSIA, Milano, 2017; G. MEO – A. NUZZO, (diretto da), *Il testo unico delle società pubbliche*,

Bari, 2016; G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2, 2018, p. 195 ss.

Sulla riforma della crisi e dell'insolvenza v. G. D. MOSCO, S. LOPREIATO, *Prime considerazioni a margine del progetto di riforma «Rordorf» delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Luiss Law Review*, 2016, I, p. 64 ss.; R. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, p. 1295 ss; F. VELLA, *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani*, in *Fallimento. Soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria* (diretto da) S. AMBROSINI, Bologna, 2017, p. 54 ss.; P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 62 ss.; S. AMBROSINI, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in *Osservatorio-OCI*, 2018, p. 1 ss.

Sull'impresa sociale v. i contributi raccolti in *Oltre il profitto. I nuovi rapporti tra impresa e sociale*, a cura di Gian Domenico Mosco, Francesco Vella, Giorgio Meo, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2018, pp. 1 ss., anche per ulteriori riferimenti.

Sugli assetti organizzativi, amministrativi e contabili cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2391, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5 ss.; G. D. MOSCO, *Art. 2381*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di NICCOLINI, STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, p. 596 ss.; M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, I, p. 358 ss.; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 712 ss.; G. D. MOSCO, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid*, in M. De Mari (a cura di), in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. De Mari, Padova, 2009, p. 31 ss.; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 643 ss.; G. D. MOSCO – S. LOPREIATO, *Lo scudo e la lancia nella guerra dei "subprimes": ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in *AGE*, 2009, p. 89 ss; M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari, in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. IRRERA, Bologna, 2016, p. 23 ss; G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, *ivi*, p. 41 ss. S. MARTUCCELLI, G. DI LORENZO, V. ODORISIO, *Mala gestio e responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 19 ss. Con specifico riguardo all'istituzione di assetti adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi, v. anche V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 311; F. GENNARI, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 293 ss.

Nel testo è inoltre citato il saggio di F. D'ALESSANDRO, *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata»*. Ovvero esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, p. 34 ss.