

CORSO DI FORMAZIONE REVISORI ENTI LOCALI

Le norme in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza

LA DEFINIZIONE DI SOCIETA' DI CONTROLLO PUBBLICO E DELL' ATTIVITA' DI PUBBLICO INTERESSE

Torino , 6 novembre 2019

Massimo STRIGLIA
dottori commercialista

LA DEFINIZIONE DI SOCIETA' DI CONTROLLO PUBBLICO

Partiamo dal T.U.S.P.

TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

D.Lgs 19 agosto 2016 n. 175

Publicato in G.U. n. 120 dell'8 settembre 2016

Il decreto 175/2016 costituisce l'attuazione di
alcune delle deleghe
che la legge n. 124 del 7 agosto 2015
(la c.d. “Riforma Madia”)
aveva conferito al Governo in materia di
riorganizzazione della pubblica amministrazione

Le lettere **f** e **g**
dell'**art. 2, comma 1 D.Lgs. 175/2016**
disciplinano la definizione di
Partecipazione (diretta) e di
Partecipazione indiretta

DEFINIZIONE DI PARTECIPAZIONE (lett. f) (diretta)

la titolarità di rapporti comportanti
la qualità di socio in società o la titolarità di
strumenti finanziari che attribuiscono diritti
amministrativi;

DEFINIZIONE

DI PARTECIPAZIONE INDIRETTA: (lett. g)

la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica

La lettera **m**
dell'art. 2, comma 1 D.Lgs. 175/2016
disciplina invece la definizione di
Società a controllo pubblico

DEFINIZIONE DI SOCIETA' A CONTROLLO PUBBLICO

le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera **b**);

lettera b):

«controllo»: 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. 2359 Cod.Civ.

Società controllate e società collegate

Sono considerate società **controllate**:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

ART. 2359 Cod.Civ.

Società controllate e società collegate

Sono considerate società **controllate**:

....

- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

ART. 2359 Cod.Civ.

Società controllate e società collegate

..... **controllate:**

.....

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

ART. 2359 Cod.Civ.

Società controllate e società collegate

.....

Sono considerate società **collegate**:
le società sulle quali un'altra società esercita
un'influenza notevole.

L'influenza si presume quando nell'assemblea
ordinaria può essere esercitato almeno un quinto
dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni
quotate in mercati regolamentati.

**La definizione di società a controllo pubblico
di cui al T U S P (D.Lgs 175/2016)
fa riferimento alla norma civilistica
(privatistica) ma non chiarisce come debba
concretamente esplicitarsi la funzione di
controllo**

Negli anni la giurisprudenza e la prassi del MEF
si sono espresse per tentare di interpretare la
disposizione del TUSP e di colmare la sua
carenza legislativa.

- Delib. 3/2018/PAR dell' 11/01/2018 della Corte dei Conti sez. reg. di controllo per la Liguria. A cui si aggiungono altre delibere di altre sezioni regionali (Piemonte, Emilia Romagna, Marche ecc.)
- Atto di Orientamento del MEF del 15 febbraio 2018
- ANAC Deliberazione 1134 del 20 novembre 2017

Interpretazione c.d. “estensiva”

deve considerarsi “società a controllo pubblico” anche la società in cui una o più - congiuntamente - amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo, estendendo, dunque, la nozione anche alla società a partecipazione pubblica frazionata, in cui nessuna amministrazione pubblica detiene la maggioranza del capitale sociale, pur in assenza di patto parasociale o di analogo strumento di costituzione di una maggioranza stabile.

Interpretazione c.d. “estensiva”

Si concentra sull’entità della percentuale di quote possedute dal pubblico rispetto al privato e non tanto sul potere concreto di direzione

LA SENTENZA DELLA CORTE DEI CONTI A SEZIONI UNITE N. 16 DEL 22 MAGGIO 2019

In controtendenza rispetto all'orientamento
precedente con una interpretazione

“restrittiva”

(su un ricorso di una società Multi-Utility che è stata
considerata a controllo pubblico da una sentenza
della Sezione Regionale di Controllo della Corte dei
Conti Marche)

La multi-servizi nel ricorso alla Corte dei Conti affermava di non ritenersi “Società in controllo pubblico”, poiché “la maggioranza relativa, pari al 46,2% del capitale sociale è detenuta proprio dal socio privato ... a fronte del 25,3% posseduto dal Comune di Pesaro, dell’8,61% detenuto dalla Provincia ... e di partecipazioni pulviscolari (tra lo 0,0003% e il 2,4%) detenute da diversi comuni (tra i quali quelli destinatari delle deliberazioni impugnate) e da due unioni montane.”.

Secondo la tesi della società multi-servizi, ricorrente, questa ripartizione del capitale sociale preclude ogni modifica statutaria senza la partecipazione e il consenso del socio privato, che può, in questo modo, esercitare una posizione di blocco, ai sensi de suo Statuto, il quale espressamente dispone che *“l’Assemblea straordinaria sarà validamente costituita e validamente delibererà, in prima, seconda e terza convocazione con una presenza e con una maggioranza superiore all’85% del capitale sociale oltre al diritto di veto dei consiglieri espressione del capitale privato per decisioni essenziali per il funzionamento della società”*.

La Corte dei Conti a Sezioni Unite ha accolto il ricorso, rilevando che la Società in questione non può annoverarsi tra le “società partecipate a controllo pubblico”, soggette alle norme del d.lgs. n. 175/2016 previste per queste tipologie di Società.

LA SENTENZA DELLA CORTE DEI CONTI A SEZIONI UNITE N. 16 DEL 22 MAGGIO 2019

Ha focalizzato gli elementi identificativi del “controllo pubblico”, rapportandoli ad attività concrete di direzione svolte dal soggetto pubblico partecipante circoscrivendo il perimetro delle società partecipate a controllo pubblico, sulla base del controllo effettivamente esercitato dal socio pubblico stesso -.

LA SENTENZA DELLA CORTE DEI CONTI A SEZIONI UNITE N. 16 DEL 22 MAGGIO 2019

*“ L’accertamento della sussistenza dello status di
“società a controllo pubblico” non può essere
desunto dai meri indici costituiti dalla
maggioranza di azioni e di consiglieri nel C.d.A.
ma richiede precipua attività istruttoria volta
a verificare se, nel caso concreto, sussistano le
condizioni richieste dall’art. 2, lett. b) del Tusp.”.*

*la situazione di controllo pubblico **non può essere presunta in presenza di “comportamenti univoci o concludenti” ma deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società.”***

Pertanto, secondo la Corte a SS UU, il TUSP, affinché ci sia il controllo occorrono congiuntamente tre elementi:

- norme di legge o statutarie o, quantomeno, patti parasociali che istituiscano il controllo,
- previsione, in tali atti, di un consenso unanime delle parti che esercitano il controllo
- relativamente alle decisioni finanziarie e gestionali strategiche societarie

la società a partecipazione pubblica non può essere gestita con modalità diverse da quelle stabilite dal diritto societario per espresso dettato del TUSP (art. 1 comma 3) .

Come rilevato dalla Corte a SS UU, nel TUSP non viene mai utilizzata l'espressione “controllo congiunto” ma è previsto soltanto il “controllo analogo congiunto”, che, tuttavia, rileva ad altri fini, non per assoggettare la società al peculiare regime previsto dal TUSP per le società a controllo pubblico, ma soltanto per consentire l'affidamento dei servizi da parte degli enti pubblici soci senza previa procedura di gara.

“laddove il legislatore avesse voluto intendere analoga modalità di azione fra pubbliche amministrazioni avrebbe usato identica terminologia. Peraltro, sotto il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle partecipazioni in modo associato e congiunto:

l'interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire, infatti, non è necessariamente compromesso dall'adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono far capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali.”

Peraltro né il TUSP né nessuna altra disposizione legislativa prevede nemmeno la nozione di controllo tramite “comportamenti concludenti”, richiamata in alcune delibere della Corte dei Conti, nozione che, dunque, va ad integrare ed ampliare indebitamente la nozione di controllo introdotta dall'art. 2, comma 1, lettera b) del TUSP.

Quindi secondo la Corte dei Conti a Sezioni Riunite è società a controllo pubblico solo se, su espresse previsioni inserite nello statuto o in patti parasociali, possa effettivamente e concretamente, e non presuntivamente, comprovarsi che le pubbliche amministrazioni socie sono in grado di influire sulle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale” essendosi espressamente previsto che sia necessario il loro consenso unanime, come previsto dal secondo periodo della lettera b) dell’art. 2 comma 1 del TUSP.

Però un mese dopo

DELIBERAZIONE DELLA CORTE DEI CONTI N. 11 DEL 20 GIUGNO 2019

Le Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti, con deliberazione n. 11/2019, pubblicata sul sito il 21 giugno 2019, sono nuovamente intervenute sulle società a controllo pubblico.

La questione di massima era stata posta dalla Sezione Regionale di Controllo per l'Umbria con la deliberazione n. 57/2019.

DELIBERAZIONE DELLA CORTE DEI CONTI N. 11 DEL 20 GIUGNO

..... La Corte ha sostenuto che è sufficiente che la maggioranza delle quote sia in possesso ad una o più amministrazioni pubbliche.

Rientrano in tale categoria anche le società partecipate da più Amministrazioni pubbliche, ciascuna delle quali titolare di diritti di voto inferiori al 50% di quelli complessivi, le quali siano complessivamente in grado di disporre nell'assemblea ordinaria dei voti previsti dall'art. 2359 del Codice civile.

DELIBERAZIONE DELLA CORTE DEI CONTI N. 11 DEL 20 GIUGNO

.....Per la Corte dei Conti, in virtù del combinato disposto delle lettere b) e m) art. 2 comma 1 del TUSP, possono essere qualificate come “società a controllo pubblico” quelle in cui “una o più” amministrazioni dispongono della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria (oppure di voti o rapporti contrattuali sufficienti a configurare un’influenza dominante).

DELIBERAZIONE DELLA CORTE DEI CONTI N. 11 DEL 20 GIUGNO

..... Tale criterio deve essere rivisto quando, in virtù di patti parasociali, di specifiche clausole statutarie o contrattuali, risulti provato che, pur a fronte della detenzione della maggioranza delle quote societarie da parte di uno o più enti pubblici, sussista un'influenza dominante del socio privato.

DELIBERAZIONE DELLA CORTE DEI CONTI N. 11 DEL 20 GIUGNO

..... In conclusione, pertanto, la Delibera afferma che sia sufficiente, ai fini dell'integrazione della fattispecie delle “società a controllo pubblico”, rilevante quale ambito di applicazione, soggettivo o oggettivo, di alcune disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016, **che una o più amministrazioni pubbliche dispongano, in assemblea ordinaria, dei voti previsti dall'art.2359 Cod.Civ.**

INFINE.....

**L'ATTO D'INDIRIZZO DEL DIPARTIMENTO
PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI
DEL MINISTERO DELL'INTERNO DEL 12
LUGLIO 2019**

La tendenza interpretativa della Corte dei Conti, di cui alla sentenza 16 /2019 , è stata recepita dal Ministero dell'Interno con l'atto di indirizzo del 12 luglio 2019.

L'ATTO D'INDIRIZZO DEL DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI DEL MINISTERO DELL'INTERNO DEL 12 LUGLIO 2019

.....cercando di unificare le definizioni di società a controllo pubblico a seguito del raffronto tra la Delibera della Corte dei Conti di controllo a Sezioni Unite n. 11/2019 (giugno) e della sentenza giurisprudenziale n. 16 /2019 (maggio)

Nell'atto di indirizzo si evidenzia che, **secondo le Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione 11 del 20.06.2019)** il Testo unico contemplerebbe distinte fattispecie di “società a controllo pubblico”

a) quelle fondate sull'art. 2359 c.c., ...

b) quelle in cui una o più amministrazioni pubbliche, al di fuori delle ipotesi disegnate dall'art. 2359 c.c., esercitano un'influenza dominante sulla società perché – in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali – ne indirizzano le decisioni finanziarie e gestionali strategiche, essendone richiesto necessariamente il consenso.

Di diverso avviso **le Sezioni riunite in sede giurisdizionale (sent. 16 del 22 maggio 2019)**, secondo le quali l'art. 2, comma 1, lett. m) del Testo unico contemplerebbe due nozioni di “controllo pubblico”:

- a) la situazione descritta dall'art. 2359 c.c., ... ;
- b) la situazione in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano il controllo ai sensi della lett. b), ovvero allorché in virtù di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, le decisioni strategiche per la vita sociale richiedono il consenso unanime delle amministrazioni pubbliche che esercitano il controllo.”

Secondo l'atto d'indirizzo la sentenza 16 del 22 maggio 2019 è stata innovativa precisando che

“le disposizioni di cui all’art. 2359 c.c. non sono di per sé decisive al fine di valutare il controllo societario da parte di una pluralità di amministrazioni pubbliche, poiché la norma civilistica “in modo chiaro e univoco individua fattispecie tipiche di controllo operato da una società nei confronti di un’altra società”;

prosegue

“La situazione di controllo da parte di amministrazioni pubbliche non può essere presunta in presenza di comportamenti univoci e concludenti ma deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali che, richiedendo il consenso unanime di tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti, siano in grado di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società;

prosegue

“tanto più che ... sotto il profilo normativo, nessuna disposizione prevede espressamente che gli enti detentori di partecipazioni debbano provvedere alla gestione delle partecipazioni in modo associato e congiunto: l’interesse pubblico che le stesse sono tenute a perseguire, infatti, non è necessariamente compromesso dall’adozione di differenti scelte gestionali o strategiche che ben possono far capo a ciascun socio pubblico in relazione agli interessi locali di cui sono esponenziali”.

E' in questo seguente passaggio in cui l'ATTO DI INDIRIZZO DEL 12 LUGLIO 2019 tenta di armonizzare le diverse interpretazioni, in particolare sulla definizione di “controllo pubblico plurisoggettivo”,

“Affnché la congiunta dominazione possa dirsi tale occorre però un procedimento di unificazione delle volontà facenti capo alle diverse componenti che a tale dominazione concorrono (e che individualmente non sono in grado di realizzare):.. Continua

più amministrazioni devono coordinarsi in modo stabile a realizzare l'instaurazione e l'esercizio di detta situazione attraverso – come specifica la seconda parte della lett. b) – “norme di legge o statutarie o di patti parasociali”, in assenza delle quali – evidentemente – non sarebbe riscontrabile alcuna stabilità. In tal senso depone anzitutto un argomento logico, dal momento che semplici “comportamenti concludenti” o “maggioranze occasionali” (ancorché ripetute) non valgono a garantire la formazione stabile di soluzioni unanimi e, quindi, a qualificare in modo giuridicamente significativo la società...”.

“..diversamente opinando, si perviene inevitabilmente a far coincidere il concetto di società a controllo pubblico con quello – diverso – di società a prevalente capitale pubblico (fondato sulla natura, pubblica, della maggioranza del capitale);

Continua

...assimilazione che, allo stato, risulta incompatibile con il valore semantico dei vocaboli utilizzati dal legislatore del Testo unico, il quale – tra tutta la gamma di locuzioni offerte dalla variegata legislazione previgente in materia – ha chiaramente ancorato il discrimine qualificatorio sul concetto di controllo che, alla luce dell’art. 2, comma 1, lett. b) – tanto nella parte in cui rinvia all’art. 2359 c.c. quanto in quella in cui esige la ricorrenza di un coordinamento formalizzato – non coincide con la titolarità congiunta della interezza o anche solo della maggioranza del capitale di per sé sola considerata.”

*La locuzione “**anche quando**”, presente all’art. 2, comma 1, lett. b), seconda parte del Testo unico, **non pare poter essere interpretata in negativo**, a escludere l’esigenza di un coordinamento formale ai fini del controllo congiunto ex art. 2359 c.c. (controllo congiunto che l’art. 2359 c.c. di per sé non contempla), **bensì in chiave additiva**, ad affermare che il controllo pubblico è configurabile anche al di là dell’art. 2359 c.c., e, dunque, anche con struttura congiunta (e non solo individuale), purché la volontà della parte pubblica del capitale (incarnata dalle diverse amministrazioni socie) risulti ricondotta a unanimità mediante il coordinamento assicurato da norme di legge, o di statuto o di patti parasociali.”.*

Anche n base ad un' interpretazione letterale, quindi, nel caso di controllo pubblico plurisoggettivo *“il combinato disposto di cui all'art. 2, comma 1, lett. b) e m) del Testo unico permette di ricondurre una società nel perimetro delle “società a controllo pubblico” allorché: ... più amministrazioni pubbliche, in virtù di un coordinamento formalizzato in forza di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, dispongono congiuntamente della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società, ovvero dispongono di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della società, ovvero esercitano un'influenza dominante sulla società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa;*

ovvero anche quando per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale sia richiesto anche il consenso unanime di tali amministrazioni pubbliche in virtù di norme di legge o statutarie o di patti parasociali (laddove per consenso unanime si intende l'espressione di una volontà collettiva unitaria, vincolante anche per le amministrazioni che abbiano espresso un dissenso minoritario); sempreché non sussista l'influenza dominante del socio privato, anche unitamente ad alcune o tutte le amministrazioni socie.”

L' ATTO DI INDIRIZZO del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno conclude con un appello per ***“sollecitare un intervento legislativo*** in grado di rimuovere l'incertezza interpretativa connessa alla nozione di “società a controllo pubblico” come risultante dall'attuale formulazione dell'art. 2, comma 1, lett. b) e m) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175,

CHIEDENDO DI CHIARIRE

“se rientrano nella predetta nozione anche le società aventi totale o prevalente capitale pubblico frazionato tra una pluralità di amministrazioni nessuna delle quali in grado di esercitare un controllo individuale, ancorché tra le medesime non sussista un vincolo legale, statutario, parasociale o contrattuale e/o comunque un coordinamento formalizzato nel senso chiarito dall’art. 2, co. 1, lett. b), seconda parte del Testo unico.”.

LA DEFINIZIONE DI ATTIVITA' DI PUBBLICO INTERESSE



CIRCOLARE N. 1 DEL 14 FEBBRATIO 2014 DEL MINISTRO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E SEMPLIFICAZINE

Oggetto:

ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, gli enti economici e le società controllate e partecipate.

LEGGENDO IL PARAGRAGO 1.B Finalita della

circolare “...*SI ritiene di poter individuare una categoria generale di enti di diritto privato ai quali devono applicarsi le regole di trasparenza, consistente negli "enti di diritto privato che svolgono **attività di pubblico interesse**". Compongono tale categoria: a) gli enti che svolgono attività di pubblico interesse in virtù di un rapporto di controllo (come meglio infra chiarito), che determina l'applicazione totale delle regole di trasparenza; b) gli enti che svolgono attività di pubblico interesse in virtù di un rapporto di partecipazione minoritaria, per i quali le regole di trasparenza si dovranno applicare limitatamente alle attività di pubblico interesse svolte.* “

LEGGENDO LA CIRCOLARE, LE LINEE GUIDA
ANAC ecc.

*L' attività di pubblico interesse viene sempre citate
come :*

**“attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto
nazionale o dell'Unione europea”.**

**LEGGENDO LA CIRCOLARE al paragrafo
3. Questioni interpretative relative all'individuazione
dell'ambito soggettivo.**

Si trova la definizione:

“ Per definire meglio la nozione di "attività di pubblico interesse" può farsi riferimento anche alla definizione di "enti di diritto privato in controllo pubblico", pressochè coeva e rispondente alle stesse finalità, contenuta nel d.lgs. n. 39 del 2013..

"enti di diritto privato in controllo pubblico",
le società e gli altri enti di diritto privato,
comunque denominati, che esercitano funzioni
amministrative, attività di produzione di beni e
servizi a favore delle amministrazioni pubbliche
o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a
controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte
di amministrazioni pubbliche,

...oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi" (art. 1, comma 2, lett. c). Questa definizione contiene una serie di indicatori di sostanziale pubblicità delle attività svolte dagli enti, anche se la forma giuridica di tali enti è di diritto privato....”.

Definizione ribadita nel paragrafo 4 della circolare

“L'attività di pubblico interesse è quella riferibile all'esercizio di funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, di gestione di servizi pubblici o di concessione di beni pubblici”

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

Massimo Striglia