

# Governance, controllo e conflitti di agenzia

- ▶ Breve cenno alle società pubbliche

		Interessi considerati	
		azionisti	Tutti gli stakeholders
Strutture e meccanismi di governance	Consiglio di amministrazione	Il CdA regola il conflitto fra azionisti e management, quale essenziale funzione di governo  <i>Concezione ristretta</i>	Il CdA presidia tutti gli interessi degli stakeholders
	Numerose strutture e meccanismi	Il conflitto tra azionisti e management è governato da un sistema di regole, strumenti ed organi quali il CdA	Gli interessi degli stakeholders sono presidiati da organismi e processi diversi  <i>Concezione allargata</i>

- ▶ La relazione tra agente-principale (o Modello d'agenzia) è definita da Michael Jensen e William H. Meckling come "*un contratto in base al quale una o più persone (principale) obbliga un'altra persona (agente) a ricoprire per suo conto una data mansione, che implica una delega di potere all'agente*".
- ▶ Tradotto con il linguaggio del codice civile, un contratto di mandato

- ▶ Conflitto di agenzia del primo tipo e del secondo tipo

- ▶ Primo tipo:
- ▶ Principale (in questo caso l'ente pubblico)
- ▶ Agente (CDA o AU)
- ▶ Come fa il primo a controllare il secondo?

- ▶ Questo conflitto di agenzia è tipico dei paesi a capitalismo spinto e ad azionariato diffuso in cui tanti piccoli proprietari delegano il management della società, ma hanno pochi strumenti di controllo sul suo operato;
- ▶ Difficilmente, per esempio, potranno accertare che gli obiettivi assegnati siano stati raggiunti in concreto

- ▶ Secondo tipo:
- ▶ Conflitto tra vari stakeholders, primari e secondari

# Chi sono gli stakeholders?

- ▶ Sono i vari portatori di interessi contrapposti che «vivono» nell'azienda

- ▶ Tipico dei capitalismo familiare, in cui vi sono azionisti di diverso livello

- ▶ control enhancing mechanisms:, quindi strumenti per aumentare il controllo all'interno della compagine societaria in funzione di:
  - ▶ Riduzione del potere dell'agent;
  - ▶ Riduzione del potere degli altri stakeholders

- ▶ strutture piramidali = vi è un vertice che sostanzialmente comanda
- ▶ patti di sindacato e/o sindacato di voto; = accordi obbligatori tra soci

- ▶ catene di controllo multiple =strutture societarie che si controllano a vicenda
- ▶ azioni a volto plurimo
- ▶ azioni privilegiate;
- ▶ azioni non privilegiate e senza diritto di voto;
- ▶ azioni speciali;
- ▶ golden share;
  
- ▶ Tutti deroga al principio *one share one vote*

- ▶ certificati di deposito, strumenti finanziari emessi da una fondazione in rappresentanza delle azioni possedute. Tali strumenti conferiscono al possessore solo i diritti economici legati all'azione, mentre il diritto di voto rimane nelle mani della fondazione;

- ▶ restrizioni al diritto di voto;
- ▶ restrizioni al possesso di azioni;
- ▶ clausole che richiedono particolari maggioranze (cd. *Supermajority provisions*);
- ▶ società in accomandita per azioni

# Strumenti finanziari partecipativi, leggiamo il codice civile, art. 2346

- ▶ La partecipazione sociale è rappresentata da azioni; salvo diversa disposizione di leggi speciali lo statuto può escludere l'emissione dei relativi titoli o prevedere l'utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione.
- ▶ Se determinato nello statuto, il valore nominale di ciascuna azione corrisponde ad una frazione del capitale sociale; tale determinazione deve riferirsi senza eccezioni a **tutte le azioni emesse dalla società.**

- ▶ In mancanza di indicazione del valore nominale delle azioni, le disposizioni che ad esso si riferiscono si applicano con riguardo al loro numero in rapporto al totale delle azioni emesse.
- ▶ A ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento. Lo statuto può prevedere una diversa assegnazione delle azioni(2).

- ▶ In nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale.
- ▶ Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione.
- ▶ I cd STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

# Art. 2341 bis c.c.

- ▶ I patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società:
- ▶ a) hanno per oggetto **l'esercizio del diritto di voto** nelle società per azioni o nelle società che le controllano;
- ▶ b) pongono **limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni** in società che le controllano;
- ▶ c) hanno per oggetto o per **effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società**, non possono avere durata superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza.
- ▶ Qualora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di centottanta giorni.
- ▶ Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo

# Per le società quotate art. 122 TUF (dlgs 58 del 1998)

- ▶ 1. I patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle
- ▶ società con azioni quotate e nelle società che le controllano entro cinque giorni dalla
- ▶ stipulazione sono:
- ▶ a) comunicati alla Consob;
- ▶ b) pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana;
- ▶ c) depositati presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sua sede legale;
- ▶ d) comunicati alle società con azioni quotate.
- ▶ 2. La Consob stabilisce con regolamento le modalità e i contenuti della comunicazione, dell'estratto e della pubblicazione
- ▶ .....

# Il controllo pubblico frazionato o, meglio, congiunto

- ▶ Dlgs 175 del 2016
- ▶ Art. 1
- ▶ Comma 1
- ▶ Lett d)
- ▶ «controllo analogo congiunto»: la situazione in cui l'amministrazione esercita **congiuntamente con altre amministrazioni** su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

# La nozione di controllo ex codice civile

- ▶ Art. 2359
- ▶ 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;
  - ▶ 3) le società che sono sotto **influenza dominante** di un'altra società in virtù di **particolari vincoli contrattuali con essa.**
- ▶ 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.
- ▶ Sono considerate 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.

# L'orientamento delle SSRR in speciale composizione (nr. 16 del 2019)

- ▶ Al Collegio è noto l'orientamento giurisprudenziale formatosi antecedentemente all'emanazione del TUSP in relazione alla nozione pubblicistica di “controllo congiunto” (Cfr. Cons. Stato, sez. I, parere 4 giugno 2014, n.1801) elaborata sulla scorta delle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 rispettivamente sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali che - secondo il Consiglio di Stato “va calata all'interno della fattispecie civilistica di controllo societario, affinché possa dirsi integrato il controllo sulla società da parte di una pluralità di soggetti pubblici, ciascuno dei quali non si trovi in alcuna delle situazioni contemplate dall'art. 2359 c.c.”
- ▶ Tuttavia, detta interpretazione giurisprudenziale estensiva delle disposizioni dell'art. 2359 che, invero, configura ben individuate ipotesi di controllo, operato da una società nei confronti di un'altra società, deve essere rivista alla luce delle successive norme di diritto positivo contenute nel TUSP che, ad avviso del Collegio, circoscrivono in modo più rigoroso la nozione di “controllo pubblico”.

- ▶ In particolare, l'art. 2, lett. b), al fine della configurabilità della nozione di “controllo”, introduce un'altra fattispecie, estranea alla nozione civilistica ex art.2359, affermando che “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”; la successiva lettera m) dello stesso articolo rimanda per la definizione di “società a controllo pubblico” alle seguenti ipotesi: 1) la situazione descritta all'art.2359 c.c., che si verifica allorquando una società pubblica esercita il controllo di diritto in un'altra società, ovvero il controllo di fatto o contrattuale; 2) la situazione in cui una o più

- ▶ amministrazioni pubbliche esercitano il controllo ai sensi della lett. b), ovvero, quando 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.
- ▶ Il Collegio ritiene che dalla lettura di siffatte disposizioni possano evincersi **due rilevanti conseguenze**, ai fini del giudizio di cui è causa: **la prima** attiene alla inapplicabilità delle disposizioni dell'art.2359 c.c., che in modo chiaro ed univoco individua fattispecie tipiche di controllo operato da una società nei confronti di un'altra società; **la seconda** è che 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** a 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.

E' possibile per società in house svolgere in affidamento diretto da parte dell'Amm. controllante il ruolo e di staz appaltante e di affidamento dell'incarico di RUP?

- ▶ Qui bisogna esaminare l'art. 192 del codice dei contratti pubblici

- ▶ 1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori **che operano mediante affidamenti diretti** nei confronti di proprie società in house di cui all'[articolo 5](#). L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.
- 2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.
- ▶ 3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al [decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33](#), in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'[articolo 162](#).

Vi è controllo pubblico in una società non in house, con capitale totalmente pubblico ma estremamente frammentato?

- ▶ Occorre verificare se si rientra nelle ipotesi di cui all'art. 2359 c.c.

# Disciplina IVA

- ▶ Se è attività commerciale si applica, altrimenti no

# Direttiva 112 del 2006 art. 13

- ▶ 1. Gli Stati, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità, anche quando, in relazione a tali attività od operazioni, percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni.
- ▶ Tuttavia, allorché tali enti esercitano attività od operazioni di questo genere, essi devono essere considerati soggetti passivi per dette attività od operazioni quando il loro non assoggettamento provocherebbe distorsioni della concorrenza di una certa importanza.
- ▶ In ogni caso, gli enti succitati sono considerati soggetti passivi per quanto riguarda le attività elencate nell'allegato I quando esse non sono trascurabili.
- ▶ 2. Gli Stati membri possono considerare come attività della pubblica amministrazione le attività degli enti di diritto pubblico quando esse sono esenti a norma degli articoli 132, 135, 136, 371, da 374 a 377, dell'articolo 378, paragrafo 2, dell'articolo 379, paragrafo 2 e degli articoli da 380 a 390.