

Le novità introdotte dal d.lgs. n. 175/16 in materia di fallimento delle società *in house providing*

di Andrea NAPOLITANO*

SOMMARIO: **1.** Brevi cenni sull'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali. **2.** La fallibilità o meno delle società *in house providing*. **3.** L'intervento risolutore del legislatore: l'articolo 14 del c.d. Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. **4.** Brevi conclusioni.

1. Brevi cenni sull'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

Il tema oggetto del presente contributo, l'eventuale assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali, si collega senza dubbio alla "particolare" natura delle società a partecipazione pubblica, da intendersi soggetti di diritto privato aventi, al tempo stesso, sostanza e finalità pubbliche.

Secondo quanto previsto dalla disciplina di riferimento¹, grazie alla quale è possibile individuare i soggetti sottoposti alla disciplina delle procedure concorsuali, è possibile evincere come le società a partecipazione pubblica siano espressamente escluse dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo a differenza degli altri soggetti che esercitano attività commerciale².

* Dottore di ricerca in "Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo" XVIII ciclo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Il riferimento è all'articolo 1, comma 1 della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, modificato d.l. d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e successivamente modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169). Inoltre, secondo quanto previsto dall'articolo 2221 c.c. "gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure di fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali".

² Al fine di giustificare tale condizione parte della dottrina e della giurisprudenza hanno sottolineato particolari criteri come la partecipazione pubblica nella società capace di prevedere l'ingerenza e il controllo nella gestione da parte dello stesso soggetto pubblico, l'erogazione di capitali pubblici, imposizione di vincoli pubblicistici sull'operato della società, l'assenza di vocazione commerciale, grazie ai quali la stessa doveva essere ricondotta alla categoria degli enti pubblici e come tale essere esente dall'assoggettamento al fallimento. Cfr. sul punto G. BERSANI, *L'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale alla c.d. società in house*, Padova, 2014, p. 1667.

Al tempo stesso si sottolinea come la normativa in esame sembra non tener conto dell'attuale configurazione dell'assetto gestionale delle società pubbliche partecipate e dell'attuale natura giuridica delle stesse, non più basata sulla riconducibilità della società pubblica al paradigma formale dell'ente pubblico.

Sul punto si ricorda, inoltre, come le stesse disposizioni risalgono ad un periodo storico caratterizzato dalla riconducibilità degli enti pubblici a quelli territoriali e ai pochi strumentali, non tenendo, quindi, conto dell'attuale casistica caratterizzato dall'ampliamento soggettivo della nozione che si è avuta negli ultimi anni³.

Per questo motivo, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sull'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

Seguendo un primo orientamento, elemento determinate per legittimare l'applicazione della legge fallimentare alle stesse, risulta essere la natura privatistica della società, la sua iscrizione nel registro dell'impresе, ed, infine, l'ammissibilità di una sua riqualificazione.

Ad avvalorare tale tesi si ricordano due decisioni della Suprema Corte, con le quali si è avuto modo di evidenziare come «le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività di impresa»⁴.

In riferimento all'istituto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, si sottolinea, invece, come sia stata recentemente introdotta una particolare forma di ammissione a questa procedura nei confronti delle società operante nel settore dei servizi pubblici essenziali da parte dell'articolo 1 comma 1 *bis* del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, nel testo modificato dalla legge di conversione 28 ottobre 2008, n. 166 che ha previsto, nell'articolo 27 comma 2 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, la lettera *b-bis*. Secondo tale norma il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali può essere realizzato grazie alla cessione di complessi di beni e contratti seguendo un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, di durata non superiore ad un anno.

³ Cfr. M. PANI, *Controllo analogo, disfunzioni gestionali e rischio di fallimento per le società pubbliche*, in A.A.V.V., *Società in house. Criticità e prospettive. Il controllo analogo e il criterio della prevalenza*, cit., p. 44.

⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I 6 dicembre 2012, n. 21991, in www.dirittoeiservizi pubblici.it. e Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in www.dirittoeiservizi pubblici.it. Nella prima decisione i giudici di Piazza Cavour ebbero modo di sottolineare che una società per azioni, dal cui statuto non siano evidenziabili particolari poteri di influenza e ingerenza dell'azionista pubblico rispetto agli strumenti previsti dalla normativa civilistica ed il cui oggetto non presenti attività di interesse pubblico da esercitarsi in maniera prevalente, non perdendo la propria natura privatistica, non può risultare esente da fallimento per il solo fatto che la sia partecipata

Contrapposto a tale interpretazione si ricorda un'altra interpretazione, basata sul c.d. criterio *funzionale*, secondo la quale, l'analisi del fine pubblico perseguito dalla società⁵ risulterebbe di fondamentale importanza al fine di distinguere tra le società pubbliche sottoponibili alle procedure concorsuali e quelle che invece ne devono essere escluse⁶.

Tale scopo perseguito da queste società risulterebbe incompatibile con la cessazione dell'attività e la dichiarazione di fallimento le quali, nonostante risultino essere a tutela dei creditori, andrebbero a pregiudicare il superiore interesse pubblico rinvenibile, tra l'altro, nella continuità dell'azione amministrativa, da considerarsi senza dubbio prevalente su quello dei creditori, facenti capo a una cerchia ristretta di soggetti⁷.

Anche tale orientamento ha trovato l'avallo dei giudici di legittimità che, in una propria decisione, richiamando la nozione prevista in ambito europeo ed ampliando, per questo motivo, la nozione di ente pubblico, hanno stabilito

da un soggetto pubblico. La Corte inoltre stabilì che «il *discrimen* tra enti che possono fallire ed enti che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 1 l.f. deve essere ricercato, piuttosto che nella loro natura pubblica o privata, nel carattere necessario della loro attività rispetto alla tutela di finalità pubblicistiche, da verificarsi mediante l'esame di indici rivelatori quali la struttura, l'attività, il regime di controllo e l'ingerenza dell'ente pubblico partecipante alla gestione di tali soggetti. Sono fallibili anche le società "in house" che non esercitano un'attività di interesse pubblico, poiché in tal caso non vi è una incompatibile sostituzione degli organi fallimentari a quelli politici, che determina una inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi».

Nella seconda sentenza, invece, la Corte si pronunciò sull'assoggettamento a procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica, optando chiaramente per la fallibilità delle stesse nonostante la partecipazione di soggetti pubblici al capitale della stessa, sottolineando che «ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore non è il tipo di attività esercitata, ma la natura del soggetto». Allo stesso modo, si osservò che «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto e attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e le stesse modalità».

⁵ Come è noto il fine pubblico dovrebbe rinvenirsi tutte le volte in cui l'attività economica svolta risulti diretta a soddisfare l'interesse collettivo generale.

⁶ Cfr. sul punto: F. APRILE, P. CELENTANO, M.R. CULTRERA, *Tipologie soggettive al vaglio della fallibilità*, in M. FERRO, A. DI CARLO, (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, p. 183. In giurisprudenza si veda sul punto: Cass. S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2726; Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308, in www.giustizia-amministrativa.it; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 713.

⁷ Cfr. sul punto G. D'ATTORE, *Le società in mano pubblica e fallimento*, in *Fallimento*, 2010, p. 869; M. PANI, *Controllo analogo, disfunzioni gestionali e rischio di fallimento per le società pubbliche*, in A.A.V.V., *Società in house. Criticità e prospettive. Il controllo analogo e il criterio della prevalenza*, cit., p. 44.

l'incompatibilità della dichiarazione di fallimento, non essendo rinvenibile una effettiva finalità di impresa in considerazione anche del controllo analogo esercitato dalla pubblica amministrazione sulla stessa società⁸.

L'aver escluso l'applicazione della normativa fallimentare alle società pubbliche non può intendersi quale privilegio ingiustificato, quanto, piuttosto, strumento di garanzia idoneo alla tutela, nello stesso modo, del c.d. interesse pubblico⁹ e di quello dei creditori, in considerazione del fatto che questi ultimi potrebbero contare sull'intervento pubblico volto a ripianare il debito della stessa società¹⁰. Tale soluzione risulterebbe però difficilmente conciliabile con gli importanti processi di razionalizzazione promossi negli ultimi anni anche in considerazione degli inderogabili vincoli contratti in ambito europeo.

Come è noto, il legislatore con l'approvazione di una disciplina¹¹ basata su sistemi obbligatori di ripianamento delle perdite, da intendersi quale regola

⁸ Il riferimento è alla sentenza della Cass., S.U., 9 maggio 2011, n. 10068, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

In questa occasione i giudici stabilirono i criteri idonei alla qualificazione di una società quale organismo di diritto pubblico, considerando tale l'ipotesi in cui una società «è stata istituita per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; è dotata di personalità giuridica; la sua attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure (alternativamente) la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi oppure (alternativamente) il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Per verificare se un organismo soddisfi specifiche esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e sia quindi qualificabile come organismo di diritto pubblico, occorre accertare che l'organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato, poiché ciò costituisce un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale non industriale o commerciale; che questi ultimi bisogni, siano di regola, soddisfatti in modo diverso dall'offerta dei beni o servizi sul mercato; che si tratti di bisogni al cui soddisfacimento, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intendere mantenere un'influenza determinante».

⁹ In questo caso l'interesse pubblico viene soddisfatto nella misura in cui non si priva l'amministrazione pubblica delle fondamentali potestà discrezionali e gestionali che, per loro natura, non possono essere esercitate da un altro soggetto senza pregiudizio per la collettività. Cfr. sul punto: G. D'ATTORE, *Le società in mano pubblica e fallimento*, cit., p. 715.

¹⁰ Sul punto parte della dottrina ha avuto modo di evidenziare come «l'improcedibilità del ricorso per dichiarazione di fallimento comporta una maggiore tutela per i terzi creditori che per vedersi riconosciuti i propri diritti, non dovranno ricorrere al riconoscimento delle responsabilità previste per l'ente che eserciti un'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497 c.c. e con ciò, ad un rinvio *sine die* delle proprie legittime pretese». Cfr. S. POZZOLI, *Giudici incerti sulla fallibilità delle partecipate*, in *Norme e tributi*, 21 gennaio, 2014.

¹¹ Si tratta dell'articolo 1, comma 551, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)*. Si tratta di una normativa che prevede un meccanismo di tutela e sana gestione, incentivato dalla possibile riduzione del 30% del compenso dell'amministratore, nel caso di accertate e reiterate perdite di

speciale e derogatoria rispetto a quella generale, sembrerebbe aver scongiurato tale pericolo.

2. La fallibilità o meno delle società *in house providing*.

Al fine di risolvere il dibattito sorto sul punto, è intervenuta la stessa Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 26283/13,¹² si è occupata del regime giuridico applicabile alle società pubbliche.

Nello specifico, andando ad analizzare, in modo particolare, la natura giuridica delle società *in house* ed il rapporto intercorrente tra queste ultime e l'ente o gli enti che partecipano alla stessa, i giudici di Piazza Cavour hanno escluso il fallimento le società a partecipazione pubblica totalitaria in quanto ritenuta "*longa manus*" dell'amministrazione pubblica e, per questo motivo, non sottoponibile alle procedure concorsuali¹³.

bilancio, ma soprattutto, come si è ricordato dalla messa in liquidazione di una società pubblica in caso di risultato negativo, per quattro dei cinque esercizi precedenti all'anno 2017, da applicarsi alle società a partecipazione maggioritaria, diretta o indiretta, titolari di affidamento diretto per una quota superiore all'80% del valore della produzione ed alle aziende speciali ed alle istituzioni ed evidenzia come per tale tipo di soggetti, riconducibili quasi sempre alla nozione di *in house providing*, qualora dovesse prevedersi un'ipotesi di scioglimento venga a tramontare definitivamente la possibilità di applicare alle stesse la procedura fallimentare. Cfr. sul punto F. CAPALBO, *Giurisdizione della Corte dei Conti in tema di responsabilità per danno erariale di amministratori e dipendenti delle società partecipate da enti pubblici: limiti dell'orientamento di cui alla recente sentenza Sez. Un. n. 26283/13 alla luce delle novità di cui alla legge di stabilità per il 2014, n. 147/13*, in www.lexitalia.it, 1, 2014; A. BARBERIO, *Partecipate, la leva fiscale per le dimissioni*, in *Norme e tributi*, Milano, 2014.

¹² Cass., S.U., azione, 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. Comm*, 2015, 2, II, p. 236.

¹³ La Corte infatti ha giustificato tale statuizione ricordando che «la società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13); di talché l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società *in house* non si realizza più in termini di alterità soggettiva. L'uso del vocabolario società qui serve allora solo a giustificare che, ove, manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare». Cfr. in dottrina: M. CLARICH, *Società in house al nodo fallimento*, in *Norme e tributi*, Milano, 29 novembre 2013; D. DI RUSSO, *Con l'esclusione del fallimento deficit da ripianare*, in *Norme e tributi*, Milano, 13 gennaio 2014; F. FIMMANO, *Crisi di impresa e fallimento*, 8 aprile 2014, in www.ilcaso.it; E. CODAZZI, *Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2014.

Tenendo conto delle conclusioni della Suprema Corte, quindi può affermarsi come l'elemento idoneo ad escludere tale modello organizzativo dalle procedure concorsuali debba rinvenirsi nell'impossibilità per la stessa di esercitare un'attività commerciale, nell'idoneità a svolgere un servizio pubblico di interesse generale in deroga alla normativa in materia concorrenza, ma anche e soprattutto, nella sua natura giuridica pubblica, nella sussistenza dei requisiti del controllo analogo, della destinazione prevalente e della totale partecipazione pubblica, da verificarsi caso per caso nelle ipotesi di società partecipate¹⁴.

I c.d. requisiti *Teckal* di cui sopra risultano essere di fondamentale importanza al fine di distinguere il modello dell'*in house providing* da quello delle c.d. società miste, il cui progressivo avvicinamento verso modelli gestionali e di controllo improntati secondo le norme civilistiche a discapito dei vincoli pubblicistici, le ha di fatto collocate in un'ottica sempre meno pubblicistica e per questo assoggettabile alla normativa in materia di fallimento¹⁵.

L'orientamento della Corte stabilito nella sentenza n. 26283/13 è stato, successivamente, ripreso da alcuni giudici di merito, che, facendo propri i

¹⁴ Questo orientamento è stato successivamente confermato dagli stessi giudici di legittimità nella sentenza 10 marzo 2014, n. 5491, in www.dirittodeiservizipubblici.it, che, nel richiamare in ampi passaggi la sentenza n. 26283, ne ha fatto proprio il contenuto e le conclusioni. Allo stesso modo, il Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181, tornando sulla definizione di controllo analogo, ha sostanzialmente confermato l'orientamento della sentenza della Cassazione, precisando che «il controllo analogo è un controllo non di matrice civilistica, assimilabile al controllo esercitato da una maggioranza assembleare, bensì è un controllo di tipo amministrativo, paragonabile ad un controllo di tipo gerarchico». Sul punto si ricorda, inoltre, la sentenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, n. 52, secondo la quale, la mera titolarità in capo ad un soggetto pubblico delle partecipazioni ad una società per azioni, non consente di concludere *tout court* per la natura pubblica della partecipata, al fine di stabilire la assoggettabilità o meno a procedura concorsuale della medesima, essendo necessario valutarne la gestione e l'attività svolta.

¹⁵ Sul punto si ricorda una sentenza del Tribunale di Benevento, con la sentenza 29 agosto 2013, in www.gazzettabenevento.it, con il quale è stata legittimata l'ammissione alla procedura di concordato preventivo nei confronti di una società, con socio unico il Comune, tenendo conto che «le società di diritto privato, partecipate da amministrazioni locali che esercitano un'attività di interesse pubblico, possono accedere all'istituto del concordato preventivo, qualora il loro modello societario non preveda penetranti controlli da parte dell'Ente socio, lo statuto consenta anche l'esercizio di attività lucrative non rientranti nella nozione di servizio pubblico e gli organi amministrativi non siano di nomina politica». Nello stesso modo il Tribunale di Rimini, con la sentenza del 13 maggio 2013, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1292, ha affermato come «nell'ambito della società a partecipazione pubblica, allorquando il socio e la società siano destinati ad operare su un piano di autonomia senza che siano ravvisabili previsioni statutarie che attribuiscono ai soci pubblici peculiari prerogative, la società deve qualificarsi quale soggetto di diritto privato ed è assoggettabile, come tale alle procedure di fallimento e di concordato preventivo».

principi dettati dalla sentenza, sono pervenuti a conclusioni tendenzialmente coincidenti.

Nello stesso modo, il Tribunale di Verona, nella sentenza 19 dicembre 2013, ha avuto modo di precisare come «nelle società di *in house providing* aventi i requisiti espressi dalla Cassazione sez. Un. 25 novembre 2013, n. 16283, non può configurarsi un rapporto di alterità, né una separazione patrimoniale tra l'ente pubblico partecipante e la società stessa. Pertanto gli organi della società risultano preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna della pubblica amministrazione e ad essa legati da un vero e proprio rapporto di servizio. Conseguentemente, come accade nelle amministrazioni pubbliche, gli amministratori della società sono sottoposti ad un controllo assoluto da parte delle amministrazioni, tali da privarli di effettivi e concreti poteri gestori. In qualità di articolazioni di enti pubblici, a tali società deve essere estesa la previsione di esenzione di fallimento, ex art. 1 l.f.»¹⁶.

Sul punto si ricorda inoltre la decisione della Corte d'Appello de L'Aquila, nella quale, aderendo all'orientamento che «parifica, in qualche misura, le società *in house* agli enti pubblici, con il conseguente impedimento della fallibilità delle stesse», si è avuto modo di precisare come l'esclusione dalle disposizioni in materie di procedura concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare dovesse essere prevista anche per le società *in house providing* le quali, secondo quanto previsto dalla Corte di Giustizia, sono caratterizzate dalla natura esclusivamente pubblica dei soci, dallo svolgimento dell'attività in prevalenza a favore dell'amministrazione e nella sottoposizione ad un controllo analogo a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici¹⁷.

Nello stesso modo, ed in maniera ancora più convincente, si ricorda, inoltre, la decisione del Tribunale di Napoli con la quale si è chiarito che «se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento anche la società *in house*, integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni»¹⁸.

¹⁶ Tribunale di Verona, 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it.

¹⁷ Corte d' Appello L'Aquila, 2 marzo 2015 n. 304, in www.acdlex.it.

¹⁸ Tribunale di Napoli, 9 gennaio, 2014, in www.ilcaso.it.

Gli stessi giudici napoletani, in un'altra decisione, seguendo il presupposto argomentativo della sentenza della Corte di Cassazione, hanno legittimato la tesi della "fallibilità" della società *in house providing* evidenziando come «in tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone la parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità»¹⁹.

Le stesse argomentazioni sono state utilizzate anche dal Tribunale di Nola per legittimare la partecipazione al concordato preventivo di una società a partecipazione pubblica²⁰.

Nel caso di specie, nonostante fosse stata analizzata la sussistenza del requisito della totale partecipazione pubblica, il giudice campano, analizzando lo statuto della società, ha evidenziato il mancato rispetto dei requisiti della c.d. attività prevalente e del c.d. controllo analogo, non essendo ravvisabile il c.d. controllo "penetrante e continuo" sulla società, così come interpretato dalla suddetta giurisprudenza di legittimità.

Nello stesso periodo, il Tribunale di Modena²¹ ha ammesso una s.r.l. *in house* al concordato preventivo, tenuto conto che, in assenza di una disposizione *ad hoc*, dovesse trovare applicazione il principio generale della assoggettabilità delle procedure concorsuali per le imprese che, una volta iscrittesi all'apposito registro delle società, si fossero assoggettate volontariamente alla normativa privatistica.

¹⁹ Corte d'Appello Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, in *Il fallimento*, 10, 2013. Sul punto si ricorda inoltre la sentenza del Tribunale di Palermo 8 gennaio 2013, n. 99, in www.dirittodeiservizipubblici.it, con la quale si è puntata l'attenzione, non sul criterio della qualificazione formale del soggetto come ente pubblico, ma sulla esclusione della natura di imprenditore commerciale per lo stesso, ammettendo quindi la fallibilità della stessa nei soli casi in cui «la società operi all'interno di un mercato concorrenziale, incompatibile con la situazione di esclusiva o di monopolio, svolgendo attività economica diretta al pubblico degli utenti e dei consumatori».

²⁰ Tribunale di Nola, 30 gennaio 2014, in www.ilcaso.it. Sul punto sia consentito rinviare a A. NAPOLITANO, *La natura giuridica delle società in house può essere collegata alla simultanea sussistenza dei requisiti caratterizzanti tale modello?*, in *Foro napoletano*, 1, 2016, p. 269.

²¹ Tribunale di Modena, 10 gennaio 2014, in www.ilcaso.it, secondo cui «in difetto di diversa qualificazione legislativa deve ritenersi valido il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto forma societaria iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica».

Alla stessa conclusione sono inoltre arrivati anche il Tribunale di Pescara²², Palermo²³ e Reggio Emilia²⁴ che, richiamando quanto previsto da una pronuncia delle Sezioni Unite²⁵, ha stabilito l'assoggettabilità al fallimento ed alla procedura del concordato preventivo per una società in *house*²⁶.

3. L'intervento risolutore del legislatore: l'articolo 14 del c.d. Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Come è noto la materia delle società a partecipazione pubblica è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore delegato che, al fine di attuare la delega contenuta nella c.d. Legge *Madia*²⁷, ha emanato il c.d. *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*²⁸, basato su una forte limitazione all'utilizzo incondizionato dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, limitato a casi specifici di straordinaria utilità, sul chiarimento di una serie di confini tra pubblico e privato e di dubbi tra disciplina generale e speciale, cercando di delineare i confini dei vari ambiti.

Per la parte che qui interessa si evidenzia come lo stesso legislatore delegato all'articolo 14 del decreto, abbia dettato una disciplina che sembrerebbe risolutiva della questione oggetto del presente contributo.

La norma citata stabilisce, infatti, in maniera espressa, l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali a prescindere dalla natura delle stesse, non prevedendo, quindi, un regime differenziato per le società *in house providing* che per questo motivo, ove ne ricorrano i presupposti stabiliti dalla legge potranno essere assoggettate anche alla normativa in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

Secondo quanto previsto dal comma 1, infatti, *"le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi"*.

²² Tribunale di Pescara, Decreto del 14 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*.

²³ Tribunale di Palermo, 13 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*.

²⁴ Tribunale di Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

²⁵ Cass., S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Riv. Corte conti 2005*, 5, p. 167.

²⁶ Infine si ricorda la decisione del Tribunale di Taranto dell'8 luglio 2016 con la quale, accogliendo le richieste di alcuni dipendenti, è stato dichiarato il fallimento di una società interamente partecipata, non essendo stati riscontrati dai giudici pugliesi la prevalenza dei c.d. requisiti *Teckal* idonei tale da scongiurare l'assoggettamento della stessa alle procedure concorsuali.

²⁷ Legge 7 agosto 2015 n. 124.

²⁸ Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

Il secondo comma della disposizione dispone che, nei casi in cui si palesino, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio aziendale, uno o più fattori indicatori della crisi, l'organo amministrativo della società è chiamato ad adottare, senza indugio, tutti i provvedimenti che risultino necessari a prevenire l'aggravamento della stessa crisi, al fine, inoltre, di correggere gli effetti stessa eliminando le causa attraverso un adeguato piano di risanamento.

Il terzo comma stabilisce che nei casi in cui si vengano a determinare ipotesi che possano portare a fallimento, concordato preventivo o amministrazione controllata, la mancata adozione dei provvedimenti ritenuti idonei da parte dell'organo amministrativo, costituisce un'ipotesi di irregolarità secondo quanto previsto dall'articolo 2409 del codice civile.

Ai sensi del quarto comma non può essere considerato provvedimento adeguato la previsione di rientro delle perdite da parte del soggetto pubblico socio, a meno che tale ripianamento sia accompagnato da un *planning* di ristrutturazione aziendale dal quale si rinverano reali prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte dalla stessa società²⁹.

Per questo motivo, quindi, il comma 5 dispone che le amministrazioni inserite nell'elenco Istat ex art. 1 comma 3 della legge n. 196/09³⁰, non possano, salvi i casi previsti dagli articoli 2447 c.c. e 2482 *ter* c.c.³¹, prevedere aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito e rilasciare garanzie in favore di altre società partecipate, a meno che non si tratti di società quotate ed istituti di credito che abbiano riportato, per tre esercizi consecutivi, perdite

²⁹ Non costituisce provvedimento adeguato, inoltre, anche quello adottato in concomitanza ad un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o nei casi in cui vengano rilasciate garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica.

³⁰ Il riferimento è agli organismi pubblici, le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica e controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche, le cui funzioni consistono principalmente nell'operare una redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese e/o produrre beni e servizi non destinabili alla vendita ed, infine, gli enti previdenziali.

³¹ Secondo quanto previsto dall'articolo 2447 c.c. nei casi in cui si tratti di società per azioni «se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327 c.c., gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società». Nelle ipotesi di società a responsabilità limitata, invece, l'articolo 2482 *ter* c.c., stabilisce che «se, la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo 2463, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo».

di esercizio o che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

La stessa disposizione legittima, al tempo stesso, possibili trasferimenti straordinari alle società a partecipazione pubblica in veste di convenzioni, contratti di servizio o di programma riconducibili allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla definizioni di investimento, che dovranno essere indicati nel piano di risanamento, avente ad oggetto il raggiungimento dell'equilibrio finanziario in un periodo massimo di tre anni, che dovrà essere approvato dall'Autorità di regolazione di settore e comunicato alla Corte dei Conti nel rispetto degli oneri di motivazione prevista dalla normativa in materia³².

Quest'ultima previsione, riconducibile a quanto previsto dall'articolo 6 comma 19 del d.l. n. 78/10³³, risulta essere finalizzata all'abbandono dell'obbligatorietà del salvataggio delle società irrimediabilmente compromesse, poiché, come ricordato da parte della giurisprudenza contabile «il reiterarsi delle perdite di una società partecipata rivela un'insufficiente produttività ed utilità per l'Ente locale socio unico o di maggioranza di cui quest'ultimo, nell'esercizio delle sue autonome scelte gestionali, non può non tener conto»³⁴.

Per questo motivo, in caso di riduzione del capitale della società al di sotto del limite legale, l'ente pubblico sarà chiamato a valutare attentamente l'opportunità di prevedere oneri per ricapitalizzazione della società, ovvero sia prendere contezza dell'avvenuto scioglimento della stessa secondo quanto previsto dall'articolo 2484 comma 1 n. 4 del codice civile.

Si tratta di una decisione che dovrà tener conto, previa presentazione di un piano di ristrutturazione, non solo della capacità della stessa società di poter

³² Il comma 5 prevede inoltre che «Ai fini di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui primo periodo del presente comma». Cfr. A.A.V.V., *Le società partecipate dopo la Riforma Madia*, Roma, 2016, p. 91.

³³ Si tratta, come è noto, di una disposizione espressamente abrogata dall'articolo 28 lett. i) del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, che, tenendo conto dei principi di economicità e concorrenza e, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2447 c.c., ha stabilito il divieto di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, nonché di rilasciare garanzie a favore delle società a partecipazione pubblica non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio, ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di possibili perdite anche infrannuali, restando, tuttavia, consentiti, i trasferimenti alle società a fronte di programmi relativi alla realizzazione di investimenti.

³⁴ Cfr. Corte dei Conti, Sez. Piemonte, 4 giugno 2008, 15/PAR.

tornare in utile ma anche dell'economicità e dell'efficacia della gestione del servizio tramite lo stesso organismo, tutti elementi di cui lo stesso ente sarà tenuto a fornire adeguata motivazione.

La norma in esame, all'ultimo comma, prevede infine specifici divieti per le società a partecipazione pubbliche interessate da procedure concorsuali.

Nello specifico, nei cinque anni successivi alla possibile dichiarazione di fallimento, le amministrazioni pubbliche che controllano le società dichiarate fallite non possono immaginare la costituzione di nuove società, l'acquisizione o il mantenimento di proprie partecipazioni in società, nei casi in cui le stesse gestiscano gli stessi servizi di quelle sottoposte a procedure fallimentari.

Infine si sottolinea che, nonostante l'intervento della Corte costituzionale del 25 novembre 2016 n. 251, le diverse norme del Testo Unico in materia di Società a partecipazione pubblica possano considerarsi ancora formalmente in vigore³⁵.

Infatti, come è noto, con la sentenza in esame, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della c.d. Legge *Madia*, su cui si fonda il Testo Unico, in quanto adottate in violazione del principio di leale cooperazione tra Stato e Regioni.

Per questo motivo gli stessi giudici hanno ricordato che gli effetti della pronuncia di incostituzionalità «non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazioni di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione».

Inoltre, dall'analisi della materia oggetto del decreto si può sottolineare come le stesse rientrino in quella della "tutela della concorrenza" e in quella relativa all' "ordinamento civile", vista l'incidenza di alcune disposizioni del decreto sulla disciplina societaria, di cui è competente in materia esclusiva lo Stato, e per questo motivo, non risultano essere toccate dalla decisione della Corte.

4. Brevi conclusioni.

Come si è avuto modo di ricordare, il recente intervento del legislatore ha finalmente risolto, attraverso una definizione normativa specifica, i dubbi inerenti il possibile assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

³⁵ Corte costituzionale, 25 novembre 2016, n. 251, in *Diritto & Giustizia* 2016.

Si tratta di un intervento legislativo, quello sulla crisi d'impresa delle società partecipate, caratterizzato da una forte rigidità, in quanto le stesse risultano essere assoggettate alle ordinarie procedure inerenti la crisi di impresa ed, al tempo stesso, risultano obbligate a sottostare a nuovi meccanismi introdotti al fine di prevenire l'aggravamento della crisi aventi ad oggetto specifici obblighi a carico degli organi amministrativi e dei titolari della partecipazione.

Da un'accurata analisi dell'intero percorso che ha portato all'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, può evidenziarsi come la versione definitiva risulti essere contraria alle prime bozze del decreto, basata su una maggiore "amministrativizzazione" del procedimento.

Nello specifico, nello stesso documento era stata immaginata la costituzione di un'Autorità di vigilanza con potere di ispezione ai sensi dell'articolo 2409 c.c., che, così come previsto per le crisi delle banche in caso di irregolarità, avrebbe potuto decidere di commissariare la società o prevedere la liquidazione coatta amministrativa.

Tale modello sarebbe stato senza dubbio più equilibrato ed idoneo a soddisfare, in maniera più efficiente, quanto previsto nella legge delega, basata sul rispetto del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina societaria e su una chiara distinzione tra le varie realtà societarie.

Al riguardo si ricorda inoltre che, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, abbia sottolineato che, sempre nel rispetto di quanto previsto dalla legge delega, si sarebbe potuto introdurre un regime *ad hoc*, in modo particolare per le società *in house providing*, differenziando, quindi, questo modello da quello delle società miste, soluzione non accolta dal Governo in quanto ritenuta "contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame".