Fondazione Nazionale dei Commercialisti

IL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

Documento del 15 settembre 2015

FNC

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Natura giuridica delle società pubbliche. – 3. I termini del problema della fallibilità. – 4. L'intervento della giurisprudenza di legittimità. – 5. L'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite sulle società *in house*. – 6. La giurisprudenza all'indomani dell'intervento delle Sezioni Unite. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Una recente sentenza della Corte di Appello di L'Aquila del 3 marzo 2015 n. 304, revocando il fallimento di una società a responsabilità limitata c.d. *in house providing*, ha contribuito a rendere ancora più acceso il dibattito dottrinario e giurisprudenziale relativo alla fallibilità delle società c.d. *pubbliche* o *in mano pubblica* e più nello specifico delle società *in house*, rendendo opportuno, oltre alla disamina della pronuncia e dei precedenti, affrontare la questione anche sotto il profilo della individuazione della natura giuridica dei predetti enti. Se infatti sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici, bisognerà dimostrare in primo luogo la natura privata di tali società.

2. Natura giuridica delle società pubbliche

Come è stato sottolineato dalla dottrina l'espressione "società pubblica" risulta immediatamente contraddittoria[1] e fuorviante laddove sembra suggerire la natura pubblica di entità che pur mantenendo natura giuridica privata risultano partecipate da enti pubblici.

Si tratta di un fenomeno oggi disciplinato dall'art. 2449 c.c.[2] e a cui, come noto, anteriormente alla riforma delle società, si riferivano solo tre articoli[3]. La sobrietà di tale

[1]IBBA, "*Società pubbliche e riforma del diritto societario*", in *Rivista delle società*, 2005, pag. 1 e ss.

[2]"*Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.*

Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in

disciplina, unita al passo della Relazione illustrativa del codice civile (punto n.998[4]), faceva sì che pacificamente si ritenesse che le società a partecipazione pubblica, totale o parziale, fossero assoggettate alla medesima disciplina delle società a capitale privato[5].
La stessa impostazione sembra essere stata mantenuta dal Legislatore del 2003, che con la riforma organica delle società, D.lgs. n. 6/2003, si è limitato a trasferire pressoché i medesimi contenuti degli artt. 2458 e ss. c.c. nei nuovi artt. 2449 e ss. c.c.. Quest'ultima disciplina è stata ulteriormente modificata prima dall'art. 3 co. 1 del D.L. 10 del 2007 convertito con modificazioni in L. n. 46 del 2007 (che ha abrogato l'art. 2450 c.c.) e poi dall'art.13, L. n. 34 del 2008, per essere resa compatibile ai principi comunitari di libertà di stabilimento e circolazione intracomunitaria[6].
Oggi la disciplina prevista dall'art. 2449 c.c. conferma il principio per cui la partecipazione dello Stato non snatura la struttura giuridica della S.p.a., né può alterarne le regole di funzionamento, in quanto l'art. 2449 c.c. non ha introdotto un nuovo tipo sociale, bensì ha introdotto deroghe alla disciplina delle società per azioni[7]. Ciò vale fintanto che il Legislatore non introduca, attraverso espresso provvedimento legislativo, deroghe alla disciplina codicistica del modello societario tali da potere attribuire a quelle "*specifiche società*" natura pubblica: è il caso delle c.d. *società legali o finte o degli enti pubblici con struttura organizzativa societaria.* A tal fine è necessario, secondo la tesi più restrittiva, che le società siano previste con atto legislativo che ne determini quanto meno la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria ed inoltre che "*il regime giuridico cui la singola società è in concreto sottoposta si caratterizzi per la previsione di regole di organizzazione e funzionamento che oltre a costituire una consistente alterazione del modello societario tipico, rivelino al tempo stesso la completa attrazione nell'orbita pubblicistica dell'ente societario*"[8].

---

ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti."

[3]Artt. 2458, 2459 e 2460 c.c., nella versione ante-riforma.

[4]Secondo cui: "*In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente*".

[5]Sul punto, ampliamente, CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, UTET, 1992, pag. 3 e ss.

[6]Il contrasto con gli artt. 43 e 56 del Trattato CE della normativa interna si concretizzava nella facoltà attribuita al solo socio pubblico di esercitare poteri di controllo sociale sproporzionati rispetto alla partecipazione al capitale.

[7]Così MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società,* CEDAM, 2015, 1228, in senso sostanzialmente conforme RORDORF, *Le società partecipate tra pubblico e privato* in *Società*, 12, 2013, pag. 1326; GOISIS, *La natura della società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica,* in *Rivista della Corte dei Conti,* 2014.

[8]Così GAROFOLI- FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, nel diritto editore, 2014, pag.163.

Dal quadro appena esposto si desume chiaramente l'impossibilità di ricondurre ad una categoria unitaria il fenomeno delle società pubbliche[9], rintracciandosi appunto ipotesi di deroga alla disciplina codicistica nel caso delle c.d. società legali, accanto alle società che, ancorché partecipate da un soggetto pubblico, mantengono in via di principio la loro natura di soggetti privati.

Non rileva poi, ai fini della individuazione della natura giuridica delle società partecipate, che la loro attività sia soggetta ad un particolare regime giuridico a connotazione pubblicistica. E' il caso della qualificazione della società quale "*Organismo di diritto pubblico*" ai sensi dell'art. 3 co. 26 del d.lgs.136 del 2006 (Codice degli appalti pubblici)[10]: in questo, come in altri[11], l'equivoco nasce dalla tendenza della legislazione europea ad individuare, di volta in volta ed a seconda dello specifico settore d'intervento, una nozione di pubblica amministrazione basata su indici sostanziali e teleologici e che si estende non solo a soggetti formalmente pubblici, ma anche a soggetti formalmente privati nei limiti dell'attività d'interesse esercitata.

Queste regole, come è stato osservato[12], condizionano il modo di agire delle società, ma non ne alterano la natura né sono sufficienti, operando sul solo piano dell'attività, a desumere l'intento del Legislatore di attribuire a tali società natura di ente pubblico[13].

Così, a giusta ragione, si afferma che queste società sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e allo stesso tempo saranno assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento[14].

---

[9]Come chiarito anche da CAMMELLI –DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino: G. Giappichelli, 2008.

[10]"*L'«organismo di diritto pubblico» è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico."*

[11]Si fa riferimento alla legislazione in tema di "*criteri e modalità per il reclutamento del personale per il conferimento degli incarichi*" nonché alla disciplina sull'accesso agli atti amministrativi (art.22 della legge n. 241 del 1990) come sottolineato da FIMMANO' "*La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* "in *Fall*., XX, 2013, pag. 1290; nonché all'attribuzione della qualifica di "*impresa pubblica*" ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2006/111/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

[12]RORDORF, *Le società partecipate tra pubblico e privato, op.cit.* pag. 1326.

[13]Nello stesso senso App. Napoli 24 aprile 2013, n. 57,con nota di FIMMANO', *"La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*", *Op. cit.* , pag. 1290.

[14] Così FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività,* in *Il nuovo diritto delle società,* 16, 2011, pag.19.

L'impostazione finora riferita risulta ulteriormente avvalorata dalla giurisprudenza formatasi più di recente in tema di giurisdizione sulle azioni di responsabilità avverso amministratori e sindaci delle società pubbliche[15].Questa giurisprudenza ha affermato, a più riprese, il principio per cui non è dato ravvisare la giurisdizione della Corte dei Conti nelle controversie che abbiano ad oggetto la responsabilità per *mala gestio* degl'amministratori di società a partecipazione pubblica, ove il danno di cui si pretende il ristoro sia riferito al patrimonio sociale, cioè ad un patrimonio che appartiene alla società medesima, la quale non diviene essa stessa un ente pubblico sol per il fatto di essere partecipata da un ente pubblico[16]. Ne consegue che, secondo la Suprema Corte, la giurisdizione è del giudice ordinario, in quanto il danno è inferto ad un patrimonio *privato*. Diversamente, quando si sia in presenza di un danno *diretto* in capo al socio pubblico si configura quella responsabilità amministrativa che fonda la giurisdizione della Corte dei Conti.
Come si vedrà più oltre, questi principi sono stati in parte rivisitati con riferimento alle sole società *in house*.

3. I termini del problema della fallibilità

Nonostante quanto sopra e in considerazione della mancanza di una disciplina di riferimento, l'assoggettabilità a fallimento ed alle altre procedure concorsuali delle società a totale o parziale partecipazione pubblica è questione su cui la giurisprudenza di merito e di legittimità si è espressa nel tempo pervenendo a soluzioni non sempre equivoche[17].
Occorre pertanto procedere con una sommaria ricognizione delle pronunce di maggiore interesse.
L'indirizzo che sostiene l'assoggettabilità a fallimento delle procedure concorsuali prende le mosse dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 158 del 1979[18] ed è suffragato dalla dottrina tradizionale.

---

[15]Ci si riferisce da ultimo a Cass. Civ., SS.UU., 3 maggio 2013, n.10299, in *Le società*, 8-9, 2013 pag.974, con nota di FIMMANO', *La giurisdizione sulle società pubbliche*.
[16]RORDORF, *Le società partecipate tra pubblico e privato, op.cit*, pag. 1326.
[17]Per un maggior approfondimento sul tema si rinvia a DI RUSSO, *Le società partecipate da enti pubblici e le procedure concorsuali,* in *Manuale delle società pubbliche, profili codicistici e di legislazione speciale,* Eutekne, Torino, 2015, pag.511.
[18]"*Una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 legge fallimentare) per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di*

Più di recente invece, in seno alla giurisprudenza di merito sono stati affermati principi volti a negare l'assoggettamento di tali società alla disciplina concorsuale. In tal senso, si registrano ben due differenti impostazioni: la prima, secondo un criterio definito tipologico, procede all'affermazione di un *principio di prevalenza dell'attività effettivamente svolta dall'ente rispetto alla forma giuridica assunta* nei casi in cui la società presenti anche nella configurazione delle regole di governo societario *taluni indici rivelatori della sua natura pubblica*[19], giungendo ad affermare così la natura pubblica dell'ente e conseguente esenzione dall'applicazione della disciplina concorsuale[20].

L'orientamento trascura però di considerare che così come l'utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche di un qualsiasi altro strumento negoziale, offerto dal diritto privato, per la cura in concreto dell'interesse pubblico non è idoneo a mutare - *per ciò solo* - la natura giuridica privata dello strumento utilizzato, allo stesso modo l'impiego a fini pubblici della società per azioni non determina una mutazione in senso pubblicistico della natura giuridica della figura soggettiva che è e rimane privata[21].

Il secondo orientamento[22], definito *"funzionale"* o *"sostanzialistico"* invece, auspica un'applicazione c.d. *a scacchi* della disciplina privatistica o pubblicistica alle società pubbliche, previa valutazione dell'interesse pubblico o collettivo da tutelare, giungendo così ad affermare che le stesse ragioni d'interesse pubblico che esentano dall'applicazione della disciplina fallimentare[23] gli enti pubblici, sussistono rispetto a taluni tipi di società. Previa distinzione nell'ambito delle società partecipate tra società c.d. *necessarie*, perché volte all'esercizio di un'attività di pubblico servizio essenziale e società *non necessarie*, in quanto non caratterizzate dallo svolgimento di tali peculiari attività, nel primo caso si afferma l'impossibilità di pervenire alla dichiarazione di fallimento in considerazione dell'impossibilità di interrompere il servizio.

---

un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio",in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, pag. 80.

[19]Ci si riferisce ai cd. indici sintomatici della pubblicità dell'ente, ad esempio limitazioni statutarie all'autonomia degli organi sociali a favore dell'ente pubblico partecipante, l'esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, l' ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo stato. Sul punto FIORANI, *Società pubbliche e fallimento*; in *Giur. Comm.,* IV, 2012, pag. 532.

[20]Si veda Tribunale di Catania, 26 marzo 2010, *in ilcaso.it.*

[21]GRUNER, *Enti pubblici a struttura di spa*, Giappicchelli editore, Torino, 2009, pag.8.

[22]In particolare, Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012.

[23]Tali ragioni sussisterebbero "*Nella incompatibilità della procedura fallimentare, con il suo carattere di esecuzione generale ed il suo fine di tutela delle ragioni dei creditori, rispetto all'ordinaria attività dell'ente pubblico, che sarebbe paralizzato nella sua attività, nonché, negli enti pubblici a carattere territoriale, nel divieto per gli organi della procedura concorsuale di sostituirsi agli organi "politici" nella gestione dell'attività dell'ente pubblico"*

Tale obiezione sembra superabile considerando che la società partecipata non è mai titolare del servizio pubblico ma semplice affidataria ad opera dell'ente pubblico socio e, pertanto, l'applicazione dello statuto dell'imprenditore, ivi compresa la dichiarazione di fallimento, non determina alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione né impedisce l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività[24]:la prosecuzione dell'attività sarà ugualmente possibile anche tramite l'affidamento del servizio ad altro soggetto *in bonis*[25].
Oltre a ciò, l'orientamento "*funzionale*" contrasterebbe con la normativa in tema di amministrazione straordinaria che all'art. 27, comma 2 bis, del d.lgs. n. 270/1999 prevede l'accesso alla procedura per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, sicché si assisterebbe al paradosso per cui quelle società che non raggiungano le soglie dimensionali necessarie all'applicazione della procedura dell'amministrazione straordinaria siano esonerate, diversamente da quelle di maggiori dimensioni, dalle procedure concorsuali[26].

4. L'intervento della giurisprudenza di legittimità

La Suprema Corte in un primo intervento, con sentenza n. 21991 del 2012, ha stabilito che in presenza di una società mista, ove l'oggetto sociale non preveda in via prevalente lo svolgimento di attività di interesse pubblico, né siano stati previsti particolari poteri di ingerenza nella gestione sociale da parte del socio pubblico al di fuori di quelli normalmente attribuiti al socio di maggioranza, la stessa operi nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico.
Ciò in applicazione di quanto già disposto dalle Sezioni Unite nel 2005[27] secondo cui la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici ne posseggano le azioni, *in tutto o in parte*.
La pronuncia del 2012 afferma inoltre, anche per le società partecipate da enti pubblici, l'importante principio di tutela dei terzi riconosciuto al sistema della pubblicità

[24]Cass. Pen., Sez. V,14 ottobre 2011 n. 234.
[25]"*L'eventuale fallimento delle società in mano pubblica che svolge un servizio pubblico essenziale, anche quando di questo sia affidataria esclusiva, non impinge nell'indisponibilità degli interessi pubblici che quel servizio è volto a soddisfare, ma impone, da un canto, all'ente pubblico che di tali interessi è titolare di trovare una soluzione alternativa ai fini della loro soddisfazione e, dall'altro, agli organi del fallimento di procedere alla liquidazione delle attività fallimentari nel rispetto dei limiti generalmente stabiliti dalla legge al fine di assicurare la continuità del servizio già affidato alla società fallita.*" Così, Corte d'Appello di Napoli, sez. I, 24 aprile 2013 n. 57 in *Il Fallimento,* 10, 2013, pag. 1290, con nota di FIMMANO', *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* e FIMMANO', *Il fallimento delle società pubbliche,* in *Crisi d'impresa e fallimento,*1212, 2013, reperibile su *ilcaso.it.*
[26]Così Tribunale di Palermo, 13 ottobre 2014, in *ilcaso.it*, richiamando Cass. Pen. 234/2011 e Cass. Civ. n. 22209/2013.
[27]Cass. Civ. SS.UU. n. 7799 del 15 aprile 2005, in *Società*, 2006, pag. 870.

commerciale ed enfatizzato nel caso di pubblicità costitutiva per cui "*le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a 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 d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale.*"
Soffermandosi sulla irrilevanza della qualificazione dell'ente quale organismo di diritto pubblico ai fini del codice appalti, la Corte correttamente ricorda che tale qualificazione non può in ogni caso essere assunta da enti avente carattere commerciale o industriale o la cui attività sia svolta in un mercato concorrenziale e sia ispirata a criteri di economicità, presupposti che, come noto, ne condizionano l'assunzione della qualità d'imprenditore commerciale e di conseguenza la sua sottoponibilità a procedura concorsuale.
Un ulteriore passo verso l'accoglimento della tesi privatistica è stato compiuto, pochi mesi dopo, sempre dalla prima Sezione della Suprema Corte con la sentenza n. 22209 del 2013.Nella pronuncia, la Corte rileva che è proprio dall'introduzione da parte del legislatore di specifiche normative di settore applicabili ad enti, società pubbliche e società formalmente private accomunate dall'agire in ambito pubblico che può ricavarsi *a contrario* che tali enti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica ad ogni altro effetto, quindi anche ai fini dell'applicazione delle procedure concorsuali[28].
La Corte, in tale sede, ha inoltre colto l'occasione per criticare quella giurisprudenza di merito che affermava la natura giuridica pubblica di detti enti, sulla base della presenza dei citati indici rivelatori della natura pubblica delle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici.
Quest'ultima tesi è stata infatti ritenuta inconciliabile sotto perdurante vigenza dell'art. 4 della L. 70/1975[29], dal quale si desume che l'istituzione o il riconoscimento di nuovi enti pubblici debba avvenire esclusivamente per legge e, in ogni caso, contrastante con la mancata riforma della disciplina dedicata alle società pubbliche a seguito della Riforma organica delle società[30].
Secondo la Cassazione, ai fini dell'esenzione dall'applicazione della disciplina concorsuale, non può, inoltre, avere rilievo l'eventuale mancanza dello scopo di lucro di alcune società in mano pubblica, né l'interesse perseguito dalla società con la conseguenza che non rileva che la società partecipata svolga un servizio pubblico

[28]Nello stesso senso FIMMANO', *Il fallimento delle società pubbliche*, *Op.cit.*.
[29]"*Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3 nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*".
[30]Nello stesso senso anche Corte di Appello di Napoli, Sez. I, 27 maggio 2013, n. 346, *Op. cit.*.

essenziale, ovvero abbia carattere necessario per l'ente territoriale, potendo anche in tale ultimo caso intervenire la dichiarazione d'insolvenza.

Secondo questa pronuncia, infatti, ciò che rileva nel nostro ordinamento, ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, non è il tipo di attività esercitata, bensì la natura del soggetto, altrimenti anche la società completamente a capitale privato, a cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale, dovrebbe essere esentata dal fallimento[31].

Quanto poi alla necessità di evitare l'interruzione di servizi necessari ed essenziali, che sarebbe conseguente al fallimento della società che lo eroga, ricorda la Corte che il D.L. n. 134/2008, convertito in L. 166/2008, detta norme specifiche in materia di ristrutturazione aziendale di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali e ciò proprio al fine di assicurare che queste non subiscano interruzioni, senza peraltro escludere che dette imprese siano sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria.

In conclusione, la Corte stabilisce l'importante principio per cui 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*.

L'assunto a cui si perviene non lede peraltro due fondamentali principi.

Non risulta violato il principio di uguaglianza tra enti che adottano la stessa forma organizzativa (in altri termini, società di capitali di diritto privato e società di capitali partecipate da enti pubblici condividono la natura di società di capitali); non risulta violato, del pari, il principio di tutela dell'affidamento dei terzi e in particolar modo dei creditori che entrano in contatto con gli enti in questione: tali soggetti, infatti, devono poter contare su un sistema di garanzie e di tutele pressoché identico, stante l'identità della forma societaria adottata sin dalla costituzione[32].

Le argomentazioni hanno trovato pieno riscontro nella dottrina e nella giurisprudenza di merito successiva e che si è espressa sul punto, le quali hanno ulteriormente sostenuto la tesi della natura privatistica delle società partecipate anche sulla base di norme di più recente introduzione. Ci si riferisce in particolare all'art. 4 co. 13, del D.L. 6 luglio 2012

[31]Nello stesso senso FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività, Op. cit.*, pag.19.

[32] In tal senso anche il Tribunale di Palermo 13 ottobre 2014, per il quale "*Il sistema di pubblicità legale, mediante il registro delle imprese, determina nei terzi inoltre, un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società ivi iscritte di un regime di disciplina conforme al nomen juris dichiarato, affidamento che, invece, verrebbe deluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche. Sul versante degli interessi coinvolti infatti, è stato sottolineato che non possono essere pretermessi i principi di affidamento e di uguaglianza rispetto ai vari soggetti privati con i quali la società in mano pubblica, ma con veste di società di diritto privato, entra in relazione, senza tacere della concorrenza che pure impone parità di trattamento tra gli operatori economici*"

n. 95, recante "*disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*", convertito in L. n. 135/2012 che ha dettato in tema una regola di generale rinvio alla normativa codicistica prevedendo che "*Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*"[33]. Si tratta a ben vedere di norma d'interpretazione autentica che evidenzia come la disciplina applicabile alla società in mano pubblica possa desumersi in via generale dal rinvio al comune diritto societario, non lasciando spazio alcuno ad interpretazioni giurisprudenziali difformi[34].
Di talché, per quanto sopra esposto è del tutto ragionevole ritenere che stante la mancanza di uno statuto speciale delle società partecipate[35], in considerazione del fatto che la normativa esistente e che vi si riferisce, come già evidenziato, detta una disciplina speciale nei confronti delle società partecipate ai soli fini di disciplinarne l'attività[36], queste non si sottraggano all'applicazione delle regole generali e dunque, sussistendone i presupposti, non possono sottrarsi alla sottoposizione alle procedure concorsuali. L'esenzione dall'applicazione delle procedure concorsuali potrebbe aversi quindi e semmai solo nel caso in cui l'attività svolta non abbia natura commerciale[37].

5. L'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite sulle società in house

Il problema della fallibilità delle società "pubbliche" si è successivamente riaperto con riguardo alle sole c.d. società *in house*, rispetto alle quali la Cassazione a Sezioni

[33]Sul punto VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica,* in *Dir. Processuale amm.tivo*, III, 2014, pag. 862 e in giurisprudenza Tribunale di Palermo, 13 ottobre 2014, reperibile in *Ilcaso.it.*
[34]CODAZZI, *Società in mano pubblica e fallimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, vol. I, 2015, pag. 74; GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica, Op. cit.*.
[35]Nello stesso senso, App.Napoli 27 maggio 2013, n. 346, con nota di FIMMANO', *"La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*", *Op.cit*, pag. 1290.
[36]Nello stesso senso si è espressa anche Cass. SS. UU. 26283 del 25.11.2013 per la quale: "*La disciplina speciale dettata per le cosidette società pubbliche non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema conchiuso ed a sé stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale, sia pure con ampio ambito di applicazione*".
[37]CODAZZI, "*Società in mano pubblica e fallimento*", *Op. Cit,* pag. 74..

Unite[38], ancorché chiamata a decidere una questione relativa alla giurisdizione, ha enunciato il seguente principio:
"*La Corte dei Conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente esplichi la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici*".
La Corte ha motivato partendo dalla premessa della netta distinzione tra la società di capitali, quale soggetto di diritto privato, ed i soci della stessa, eventualmente enti pubblici - "*distinzione che non viene meno neppure nell'eventualità in cui la società sia unipersonale ed il capitale sociale appartenga quindi ad un unico socio*" - e dalla consequenziale assoggettabilità di dette società, in mancanza di una normativa che le qualifichi di diritto pubblico, al diritto comune.
Tuttavia le Sezioni Unite hanno appuntato la loro attenzione su "*quel particolare fenomeno giuridico che ha trovato ampia diffusione negli ultimi decenni e che va sotto il nome di 'in house providing'*" e che origina dalla decisone della direttiva 2006/123/Ce di lasciare gli Stati membri liberi di decidere le modalità organizzative della prestazione di servizi di interesse economico generale, così consentendo agli enti pubblici di scegliere se espletare tali servizi direttamente ovvero tramite terzi individuando, in quest'ultimo caso, diverse possibili forme di esternalizzazione, tra cui l'affidamento a società partecipate dall'ente pubblico stesso.
Come noto, qualora la forma prescelta sia quella della società c.d. *in house* la Corte di Giustizia ha escluso la necessità del preventivo ricorso a procedure di evidenza pubblica (sentenza Teckal n. 107/98), muovendo dal presupposto che non sussistano esigenze di tutela della concorrenza quando: *i)* la società affidataria sia completamente partecipata dall'Ente pubblico; *ii)* eserciti a favore di questo la parte più importante della propria attività; *iii)* sia soggetta al suo controllo in termini analoghi a quelli in cui si esplica il controllo gerarchico dell'ente sui propri uffici[39].

---

[38]Cass. Civ., Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. Comm.,* II, 2015, pag. 236, con nota di CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd.in house: spunti per una riflessione sul tema tra anomalia del modello e (in)compatibilità con il diritto societario.*
[39]Requisiti oggi meglio specificati dalle direttive 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.
In dottrina FIMMANO', *La società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza, Op. Cit..*

Secondo le Sezioni Unite è, pertanto, possibile considerare ormai ben delineati nell'ordinamento i connotati qualificanti la società *in house* che risulta allora costituita per finalità di gestione di pubblici servizi e contraddistinta dai requisiti sopra menzionati, purché compresenti.

Con particolare riguardo al requisito del c.d. controllo analogo, le Sezioni Unite hanno specificato che quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica. L'espressione "controllo" non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare di partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali. Né è paragonabile al potere di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.. Si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure socio unico), in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia gestionale[40].

Conclusivamente può parlarsi di società *in house* quando ci si trovi in presenza di una società caratterizzata da totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza dell'assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale[41].

---

[40]Sul punto ampliamente GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica, Op. Cit.* e CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra anomalia del modello e (in)compatibilità con il diritto societario,* in *Giur. Comm.*, vol. II, 2015, pag. 236. Gli autori concordano nell'affermare l'invalidità delle previsioni statutarie che consentono di realizzare il controllo analogo per violazione dell'ordine pubblico in mancanza di una norma di legge che le legittimi, stante la natura imperativa delle norme che attribuiscono il potere gestorio della società in capo agli amministratori.

[41]Mentre la direttiva 2014/24/UE specifica con riguardo al requisito del controllo analogo: *"Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice".*

Per inciso, va menzionato che le Sezioni Unite, nella stessa pronuncia chiariscono che, nel caso in cui la società partecipata totalmente dall'ente pubblico abbia adottato il tipo della s.r.l., il controllo analogo non coincide con i particolari diritti statutariamente riconosciuti ad un socio *ex* art. 2468 c.c., in quanto l'esercizio del c.d. *controllo analogo* presuppone poteri maggiormente incisivi rispetto alla possibilità di definire le linee di indirizzo e strategiche nei confronti dell'organo di gestione.

Tale assunto non è pienamente convincente atteso che, secondo la dottrina, quella dell'art. 2468 c.c. è formulazione volutamente generica ed ampia e ricomprende varie ipotesi di ulteriori diritti amministrativi. In altri termini ricadono sotto la vigenza dell'art. 2468 c.c. anche le previsioni statutarie in cui ad uno o più soci sia riservato il diritto di nominare l'amministratore ovvero di esprimere la maggioranza, o la totalità degli amministratori. Presumibilmente il socio, per mezzo dell'amministratore da lui nominato,

Sulla base di queste premesse la Corte giunge ad affermare che la società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione enuncia, non pare, invece, in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, che ne dispone come di una propria articolazione interna –in altri termini si tratterebbe di- 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, cit.), ne consegue che "*l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa*" (così Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/08).
La Corte, dunque, conclude ritenendo che solo per un tale tipo di società (*in house*) non valgono i limiti di giurisdizione del giudice contabile nelle cause riguardanti la responsabilità degli organi di gestione di società a partecipazione pubblica e "*non possono valere perché – ciò sia detto quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione- queste ultime hanno della società solo la forma esteriore, ma, come s'è visto, costituiscono in realtà delle articolazione della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi*", ciò anche con riferimento al loro patrimonio[42].

6. La giurisprudenza all'indomani dell'intervento delle Sezioni Unite

All'indomani di tale sentenza si è sviluppato un intenso contrasto in seno alla giurisprudenza di merito e alla dottrina con riguardo al tema dell'assoggettabilità a fallimento delle società *in house*.
Un primo orientamento, efficacemente rappresentato dalla Corte di Appello di L'Aquila con provvedimento del 2 marzo 2015, ritiene che il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite, ai fini del riparto di giurisdizione, per il quale non sussiste un vero e proprio rapporto di alterità soggettiva tra l'ente partecipato e il socio pubblico, sia esportabile anche all'ambito fallimentare e ai casi di accertamento dei requisiti di ammissibilità del concordato preventivo. Ne deriverebbe la conseguenza di ritenere *non assoggettabili* a fallimento le società *in house* che posseggano i tre requisiti indicati dalla Corte medesima, vale a dire: i) natura esclusivamente pubblica dei soci; ii) esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; iii) sottoposizione a controllo

potrà indirizzare la gestione della società in modo simmetrico a quanto avviene nel caso di esercizio del c.d. controllo analogo.
[42]Va peraltro messo in luce che la stessa Corte per suffragare la propria tesi ricorre all'istituto del patrimonio destinato ritenendo che, al più in un'ottica civilistica, potrebbe ricorrere nel caso di specie la fattispecie di un patrimonio separato (quello della società *in house*) di cui sostanziale titolare è l'ente pubblico, con evidenti ricadute sul piano della responsabilità.

corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui loro uffici[43], in quanto parificati agli enti pubblici e non sottoponibili a procedura concorsuale ai sensi dell'art.1 L. fall.[44].

Un secondo orientamento, ben espresso dal Tribunale di Modena[45], con decreto del 10 gennaio 2014, sostiene invece che dal silenzio serbato dai giudici di legittimità sulla questione dell'assoggettamento a fallimento delle società *in house* in entrambi gli interventi delle Sezioni semplici (2012 e 2013) nonché, da ultimo, dalle stesse Sezioni Unite nel 2013, si debba desumere una sostanziale inderogabilità alle norme di diritto comune anche per questa particolare tipologia di società, ancorché ad altri e specifici fini (come nel caso della responsabilità degli amministratori), esistano discipline derogatorie che si giustificano sulla base della frammentarietà della normativa attualmente vigente[46].

Secondo il Tribunale di Modena, pertanto, non è possibile individuare uno statuto autonomo delle società pubbliche, nemmeno se *in house,* che sia suscettibile di essere applicato in via d'eccezione rispetto ai principi e alle regole di diritto comune, in presenza di un'attività commerciale[47] e dando prevalenza alle regole dettate dal diritto societario. Da ciò sembrerebbe possibile, pertanto, al ricorrere dei requisiti indicati dalla legge (art. 1, 160 L.fall.) ritenere assoggettabili a procedura concorsuale anche le società

---

[43]In senso sostanzialmente conforme Tribunale di Verona, 10 dicembre 2013; Tribunale di Napoli, 9 gennaio 2014; Tribunale di Napoli , sez. VII, 1 agosto 2014 n. 547 per il quale *"Se è vero che i pubblici uffici sono sottratti al fallimento , anche la società in house integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere assoggettata 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 (…)*" in *ilsole24ore.it*. Da ultimo, più di recente, Tribunale di Napoli Nord, 6 maggio 2015, in *ilcaso.it.*

[44]L'art. 2449, secondo i giudici di L'Aquila, disciplina "*Le modalità di nomina e di revoca della governance, derogando al diritto societario sostanziale, ma non deroga espressamente al diritto fallimentare ed alla sua disciplina speciale, con applicazione dell'art 1 L. fall. che esonera dal fallimento gli enti pubblici, tra i quali possono essere annoverati anche le società in house nella ricostruzione fattane dalla Suprema Corte in tema di responsabilità degli amministratori".*

[45]Cui aderisce il Tribunale di Reggio Emilia con sentenza n. 150 del 18 dicembre 2014 in *ilcaso.it.*

[46]Nello stesso senso Tribunale di Palermo, 13 ottobre 2014, in *ilcaso.it*, per cui: " *la qualificazione di società in house riguarda esclusivamente l'ambito della responsabilità degli organi sociali per danni cagionati al suo patrimonio, con l'effetto d'incardinare la giurisdizione in capo alla Corte dei Conti anziché al G.O. e legittima inoltre , la deroga delle regole sulle gare d'appalto, senza comportare una più generale riqualificazione della sua natura e senza avere alcuna ricaduta sull'assoggettamento alle procedure concorsuali*".

[47]Il Tribunale di Modena sottolinea infatti che "*la dipendenza sostanzialmente organica degli amministratori da cui consegue una pressoché totale e diretta disponibilità della società da parte dell'amministrazione quasi fosse una sua emanazione funzionale non comporta per quanto concerne la soggezione alla normativa civilistica , un annullamento completo dell'alterità giuridica della società anche per qualunque altro profilo che non attenga al rapporto tra partecipante e partecipato , pena, tra l'altro, l'accettazione della conseguenza per cui colore che hanno avuto rapporti con la stessa fidandosi sulla sua apparenza giuridica conseguente ad una precisa scelta dello stesso ente pubblico partecipante si troverebbero ad avere di fronte , al momento di far valere la garanzia sul patrimonio , un soggetto completamente diverso ed un complesso di beni per la cui aggressione sarebbero applicabili regole radicalmente difformi da quelle vigenti per le altre società iscritte*".

in house (nel caso di specie il Tribunale ha ammesso una società *in house* a concordato preventivo).
La giurisprudenza in rassegna ritiene in ogni caso necessario procedere al previo accertamento dell'effettivo esercizio di un'attività commerciale e della ricorrenza dei requisiti prescritti dall'art. 1 L.fall.[48].

7. Conclusioni

Da quanto sopra esposto si possono trarre le seguenti conclusioni.
Le Sezioni Unite hanno sostenuto, con riferimento alla società *in house*, che la sua *prevalente* attività dovrebbe essere destinata a favore dell'ente o degli enti partecipanti, sicché in buona sostanza, dovrebbe trattarsi di una società di capitali non destinata, se non in via del tutto marginale e strumentale, allo svolgimento di attività di imprenditoriali. Ulteriormente, le Sezioni Unite ritengono che il controllo analogo priverebbe gli organi sociali della propria autonomia gestionale, ed è sulla base di quest'ultima caratteristica che s'innesterebbe la convinzione dell'assenza di alterità soggettiva tra socio pubblico e società.
Parte della dottrina, al contrario, non ha mancato di sottolineare come la tendenza ad affermare il superamento del velo della personalità giuridica, con riqualificazione del soggetto privato portata alle estreme conseguenze, confliggerebbe con il principio di economicità dell'azione amministrativa e buon andamento della p.a. dal momento che la mancanza di alterità soggettiva costringerebbe i creditori della società a rivolgersi direttamente al socio pubblico, trasformando in tal modo uno strumento creato per consentire maggiore efficienza della p.a. in un fenomeno che consente la responsabilità diretta dell'ente partecipante per i debiti contratti delle società *in house*[49].
Sembrerebbe allora più coerente un'interpretazione della pronuncia in commento che, rispettosa dei principi generali del diritto, declini per un verso l'insorgenza della giurisdizione contabile e per altro verso non esoneri dal regime di diritto comune la stessa società con riferimento agli altri profili tipici della sua disciplina.
Aderendo alla tesi per cui è attività commerciale ogni attività diversa da quella agricola e per cui, ai fini dell'assunzione della qualifica d'imprenditore, non è necessario che l'attività esercitata sia la prevalente o l'esclusiva, ne potrebbe conseguire, visto quanto detto in precedenza, che anche l'attività della società *in house* – sebbene indirizzata a

[48]Così Tribunale di Palermo,13 ottobre 2014, in *ilcaso.it.*
[49]FIMMANO', *La società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza, Op. Cit..;* CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario, Op. Cit.,* pag. 236 *;* DI RUSSO, *Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?,* in *Il nuovo diritto delle società,* VI, 2014, pag.31 e più di recente DI RUSSO, *Le società partecipate da enti pubblici e le procedure concorsuali, Op. cit.,* pag. 511.

favore dell'Ente o Enti partecipanti – se svolta secondo criteri di economicità e imprenditorialità non dovrebbe sfuggire alla qualificazione imprenditoriale. Pertanto, ricorrendo gli altri requisiti previsti dalla legge, la società *in house* potrebbe accedere al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione dei debiti ed essere assoggettata a fallimento.

Maria Adele Morelli – 15 settembre 2015