



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL SANNIO

Dipartimento di Diritto, Economia,
Management e Metodi Quantitativi

*Corso di Laurea Magistrale in
Economia e Management*

Tesi di Laurea in
Diritto delle crisi d'impresa

***Il concordato preventivo con continuità delle
aziende a partecipazione pubblica:
il caso AMTS***

Relatore:

Ch.mo Prof.

Manlio Lubrano di Scorpaniello

Candidato:

Pellegrino De Biasi

Matr. 403000224

Correlatori:

Ch.mo Prof. Paolo Ricci

Ch.mo Prof. Arturo Capasso

Anno Accademico 2013/2014

*“Continua ciò che hai cominciato
e forse arriverai alla cima,
o almeno arriverai in alto ad un punto
che tu solo comprenderai non essere la cima”.*

Seneca L. A.

*A mia madre, per avermi supportato e esortato a non mollare mai,
a Lucia, l'unico vero amore della mia vita.*

INDICE

INTRODUZIONE	» 1
---------------------	-----

CAPITOLO 1.

LE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: natura, tipologia e discipline. L'individuazione delle regole tra codice civile e regimi speciali.

1.1 Le società a partecipazione pubblica: introduzione	» 4
1.2 Le società a partecipazione pubblica: la natura	» 7
1.3 Le società a partecipazione pubblica: il percorso storico dal primo dopoguerra alla privatizzazione	» 10
1.3.1 Segue: limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici	» 15
1.4 Le società a partecipazione pubblica: la tipologia	» 19
1.4.1 Segue: le c.d. società "in house"	» 22
1.5 Le società a partecipazione pubblica: le discipline	» 27
1.6 Il controllo della Corte dei Conti sulle società partecipate	» 31
1.7 Le società a partecipazione pubblica: quanto ci costano?	» 34
1.8 I servizi pubblici	» 36

CAPITOLO 2.

SOCIETA' IN MANO PUBBLICA E PROCEDURE CONCORDATARIE.

2.1 L'equilibrio instabile delle società partecipate pubbliche tra insolvenza e ricapitalizzazioni	» 43
2.2 Le società partecipate pubbliche e le procedure concordatarie in caso di insolvenza: i diversi orientamenti della giurisprudenza	» 45

-
- 2.2.1 Segue: l'assoggettamento delle società in mano pubblica al » 57
concordato preventivo

CAPITOLO 3.

IL CONCORDATO PREVENTIVO: soluzione giudiziale alla crisi d'impresa.

- 3.1 Il concordato preventivo: introduzione » 60
- 3.2 Il concordato preventivo in seguito alle modifiche legislative del 2012 » 64
- 3.2.1 Segue: il concordato preventivo con continuità aziendale » 69
- 3.2.1.1 Segue: i benefici del concordato con continuità » 76

CAPITOLO 4.

IL CASO A.M.T.S. S.p.A.: l'ammissione al concordato con continuità aziendale.

- 4.1 Premessa: la "prima domanda di concordato" » 81
- 4.2 Ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo » 84
depositato il 1 Luglio 2014: la "seconda domanda di concordato"
- 4.2.1 Segue: l'analisi della struttura societaria e del suo sviluppo » 84
- 4.2.2 Segue: esistenza e persistenza dei requisiti di cui all'art. 1 l. » 86
fall.
- 4.2.3 Segue: la situazione patrimoniale ed economica al 27 Agosto » 86
2013
- 4.2.4 Segue: la rappresentazione dell'attivo e del passivo alla data di » 88
riferimento. L'elenco dei creditori con l'indicazione dei crediti
e delle cause di prelazione
- 4.2.5 Segue: ulteriore passivo potenziale » 92
- 4.2.6 Segue: gli aventi diritto al voto e la moratoria del pagamento » 93
dei creditori privilegiati
-

4.3	La rappresentazione del piano e della proposta	» 95
4.3.1	Segue: le classi di creditori e le percentuali di pagamento	» 98
4.4	La proposta concordataria e la sua convenienza per i creditori	» 102
4.5	Relazione di attestazione ex art.161 l. fall. sulla veridicità dei dati e sulla fattibilità del piano concordatario	» 104
4.6	Il Decreto di ammissione alla procedura di concordato	» 107
4.6.1	Segue: parere dei Commissari Giudiziali in relazione alla “seconda proposta di concordato” e le osservazioni contenute nella relazione ex art. 172 l. fall.	» 109
4.7	Modifica della “seconda proposta di concordato preventivo”	» 111
4.8	Conclusioni	» 120
BIBLIOGRAFIA		» 123
SITOGRAFIA		» 134

INTRODUZIONE

L'elaborazione di questo lavoro, giunto a conclusione del percorso di studio, nasce dalla volontà di individuare prima e di analizzare poi un argomento che potesse fungere da *trait d'union*, da congiunzione, tra due materie che mi hanno suscitato particolare interesse e curiosità durante gli studi: il “*diritto delle crisi d'impresa*” e “*l'economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche*”.

Tale risolutezza, aggiunta anche al desiderio di approfondire un argomento non previsto dai programmi didattici, mi ha portato a concentrare il mio interesse su tali tematiche e, in particolare, ad elaborare questo lavoro dal titolo “*Il concordato preventivo con continuità delle aziende a partecipazione pubblica*”, accompagnato dallo studio di un caso pratico, ovvero quello che a partire dal 27 Agosto 2013 interessa l'Azienda Mobilità Trasporti Sannio S.p.A., di seguito AMTS, avente sede in Benevento.

Lo stato della letteratura di riferimento, il quadro normativo, spesso composito e incoerente, e, appunto, l'osservazione delle pratiche e della prassi, mi hanno permesso di individuare il contesto di riferimento e, dunque, il punto di partenza per la stesura del lavoro, il quale si è sviluppato mediante un metodo induttivo e descrittivo.

Individuato l'oggetto, è stato sviluppato un percorso logico, articolato in quattro capitoli, che è partito, con non poche criticità data la proliferazione degli interventi dottrinali e giurisprudenziali, dalla nozione di impresa pubblica e, in particolare, di partecipata pubblica, per arrivare poi alla disciplina fallimentare in tema di concordato preventivo con continuità, applicabile anche alle summenzionate aziende. Pertanto, nel primo capitolo viene posta l'attenzione sulla nozione di azienda pubblica e partecipata pubblica, sulla loro natura, sul processo di privatizzazione e sugli obblighi imposti dal legislatore per limitare l'espansione di tali modelli gestori, sulla loro tipologia, soffermandosi sulla nozione delle c.d. “*società in house*”, sulla disciplina applicabile e, infine, sul concetto di servizio pubblico e sulla loro

classificazione. L'aspetto centrale di questo primo capitolo è rappresentato da quanto detto in relazione alla natura delle aziende a partecipazione pubblica: tali società, in virtù della forma scelta, sono imprenditori commerciali a prescindere dall'attività economica svolta e dalle modalità attuative di tale attività.

Tale affermazione, supportata dagli interventi della Corte di Cassazione e da parte della dottrina e della giurisprudenza, ci permette di proseguire nel nostro percorso logico. Infatti, chiarita la natura, nel secondo capitolo, si introduce la prospettiva dell'insolvenza delle società a partecipazione pubblica e i diversi orientamenti della giurisprudenza in tema di fallibilità e, più in generale, della loro sottoposizione alle procedure concorsuali, tema che riprende e rispecchia, appunto, quanto detto a proposito della natura di tali società.

Differenti sono gli argomenti considerati dalla giurisprudenza per esprimere un giudizio sull'assoggettamento o meno delle partecipate pubbliche alle procedure concorsuali, ma, anche in questo caso, ad intervenire è la Corte di Cassazione, che con una sentenza cerca di porre fine alle questioni. Ciononostante, la giurisprudenza interviene ancora sul tema e viene "elaborato" un identikit per individuare le società in mano pubblica esentate dalle procedure concorsuali.

Individuate quest'ultime, nel terzo capitolo, viene posta l'attenzione sulle procedure concorsuali applicabili e, in particolare, sull'istituto del concordato preventivo e sulle modifiche che lo hanno interessato in epoca recentissima e, segnatamente, su quelle apportate con il Decreto legislativo del 2012, il c.d. "*decreto sviluppo*", che, tra le altre cose, ha introdotto l'istituto del "*concordato in continuità*": tale istituto viene esaminato nel dettaglio, evidenziando i vantaggi che ne derivano dalla normativa prevista.

Infine, nel quarto ed ultimo capitolo, alla luce di quanto scritto nelle pagine precedenti, dando al tempo stesso "forma" a quanto trattato dal punto di vista teorico, dalla lettura degli atti emessi dal Tribunale di Benevento, viene trattato il caso relativo all'ammissione al concordato con continuità aziendale della AMTS S.p.A., analizzando le "differenti" domande di concordato, il ricorso per l'ammissione, il

piano e la proposta, presentate il 1 Luglio 2014, il decreto di ammissione e le relazioni di attestazione dei Commissari Giudiziali.

L'elaborato si conclude con delle considerazioni generali sul caso, non potendo, dato lo svolgimento in corso dell'iter procedimentale previsto dalla normativa, esprimere un giudizio conclusivo sullo stesso.

Capitolo primo

LE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: natura, tipologia e discipline. L'individuazione delle regole tra codice civile e regimi speciali.

1.1 LE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: introduzione

L'economia italiana è caratterizzata da una presenza diffusa, particolarmente rilevante anche in relazione al contesto internazionale, di società partecipate da soggetti pubblici. Quando in un'impresa il capitale o patrimonio è conferito in tutto o in parte da uno o più soggetti pubblici, ossia lo Stato o altri enti pubblici¹, tale entità assume la natura di impresa pubblica.

¹Schematizzando è possibile individuare le seguenti categorie di enti pubblici:

- Enti Autonomi: enti che svolgono importanti attività per un altro ente pubblico territoriale, in particolare per lo Stato (es: Camere di Commercio, SIAE). Caso particolare è costituito dalle Autonomie funzionali, enti a cui possono essere conferiti funzioni e compiti statali (università; istituzioni scolastiche);
- Enti Pubblici Economici: istituiti quando l'ordinamento considera di pubblico interesse la presenza di un soggetto sul mercato. Ad essi vengono riconosciuti poteri autoritativi. Agiscono con gli strumenti del diritto comune. La tendenza legislativa è quella di operarne la trasformazione in S.p.a. (es. aziende speciali, enti strumentali di Comuni e Province, equiparati ad alcuni consorzi);
- Enti Pubblici Non Economici (enti parastatali): sono dotati di maggiore autonomia, svolgono un'attività rilevante per lo Stato. Essi sono raggruppati in categorie in base al settore di attività; sono soggetti al controllo della Corte dei Conti (INPS, INAIL, CONI);
- Enti Territoriali (Comuni, Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato): sono rappresentativi delle persone stanziate sul territorio e operano nell'interesse di tutto il gruppo. Le loro funzioni sono individuabili in ragione del livello territoriale (comunale, provinciale, regionale) e sono disciplinati dal Titolo II del TUEL;
- Agenzie: disciplinate dalla legge istitutiva; costituiscono la conferma della atipicità degli enti pubblici (Es. ARAN).

Franchini (2000), *L'organizzazione*, in Cassese, Trattato di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, Vol.1, p.304 e ss..

Quando solo una parte del capitale è conferita da soggetti pubblici si parla d'impresa pubblica in senso stretto se tale quota è maggioritaria o, comunque, consente il controllo dell'impresa, altrimenti si parla di impresa mista.

Dal punto di vista economico-aziendale, quelle pubbliche rientrano nella più ampia categoria delle aziende pubbliche: sono aziende pubbliche di produzione se vendono i loro beni e i loro servizi sul mercato, finanziandosi con i proventi della vendita; sono, invece, aziende di erogazione quelle che erogano servizi, come la difesa o l'ordine pubblico, finanziandosi con le entrate fiscali, direttamente o attraverso trasferimenti da altre amministrazioni pubbliche.

L'impresa pubblica è uno degli strumenti con il quale lo Stato interviene nell'economia e ad essa si ricorre principalmente per cinque ordini di motivi²:

- evitare la formazione di monopoli privati in quei settori dell'economia che possono dar luogo a questa forma di mercato (reti ferroviarie, stradali ed autostradali, le reti di distribuzione di acqua potabile, gas ed elettricità);
- assicurare ai cittadini servizi di pubblica utilità la cui produzione potrebbe essere non conveniente per i privati;
- assicurare il controllo pubblico sulla produzione di beni e servizi di particolare rilevanza per la sicurezza nazionale;
- sopperire alla carenza di investimenti privati in aree arretrate del territorio nazionale o di settori fondamentali;
- ridurre o quantomeno contenere la disoccupazione, assorbendo la forza lavoro disponibile.

Da un punto di vista economico³, l'intervento dello Stato nell'economia è giustificato da un cattivo funzionamento del mercato, da un fallimento dello stesso, cioè quando mancano o risultano inadeguati alcuni presupposti che garantiscono il funzionamento efficiente del mercato: costi di transazione bassi, un livello sufficiente di concorrenza

²Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 2-3.

³Brosio G. (2010), *Economia pubblica moderna*, Giappichelli Editore, Torino, p. 12.

fra le imprese, assenza di esternalità e adeguata informazione e prontezza degli operatori ad adeguarsi ai cambiamenti dei settori di riferimento.

Emerge, dunque, che le imprese pubbliche, a differenza di quelle private, non hanno come fine principale il profitto: per esse quest'ultimo non costituisce un obiettivo, semmai un vincolo, nel senso che, nonostante la loro natura, devono comunque operare nel rispetto di quegli elementi intrinseci, considerati dei regolatori per ciascuna entità economica, ovvero l'economicità, l'efficienza e l'efficacia.

Pur non essendo il profitto il fine principale, è possibile individuare imprese pubbliche il cui scopo è generare entrate per l'ente proprietario, sfruttando, ad esempio, monopoli imposti dalla legge, come quelli fiscali dei prodotti a base di tabacco e le lotterie nazionali.

Le imprese pubbliche possono essere esercitate:

- da un'amministrazione pubblica con i propri organi;
- da un'apposita organizzazione creata all'interno di un'amministrazione e dotata di una certa autonomia;
- da un ente pubblico economico;
- da una società di capitali di diritto privato controllata da una o più amministrazioni pubbliche;
- da un soggetto privato, mediante una concessione e in tal modo l'esercizio dell'impresa viene trasferito al privato, mentre la sua titolarità rimane pubblica.

Alle società partecipate da enti pubblici che producono beni e servizi operanti in regime di mercato ed aventi forma e sostanza privatistica, si affiancano, infatti, sempre più spesso, soggetti che, pur avendo una veste giuridica privatistica, perseguono interessi generali, svolgendo compiti e funzioni di natura pubblicistica tali da configurarli come veri e propri apparati pubblici, enti pubblici in forma societaria, o "*organismi di diritto pubblico*", secondo la definizione della direttiva

2004/18/CE⁴, soggetti a particolari e penetranti regole di gestione e controllo pubblico⁵.

1.2 LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: la natura

In passato si è erroneamente affermato⁶ che la struttura di una società di capitali potesse essere alterata dalla partecipazione dello Stato o di una pubblica amministrazione, dando vita a un “tipo” di diritto speciale. La giurisprudenza amministrativa, in particolare, considerando il principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, è arrivata ad attribuire alle società partecipate una *connotazione pubblicistica*. Si tratta di una impostazione del tutto infondata, in quanto, come avrò modo di vedere nei paragrafi successivi, si potrebbe parlare di società di diritto speciale soltanto in seguito ad una disposizione legislativa derogatoria del codice civile e, in particolare, dell’art. 2247.

Per contro, a parte i casi di società c.d. *legali*, ci troviamo sempre nell’alveo delle società di diritto comune, in cui pubblico non è l’ente partecipato bensì i soggetti partecipanti e nella quale si trovano a convivere la disciplina pubblicistica e quella

⁴Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo del 31 Marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi; direttiva recepita dal nostro ordinamento con l’art. 3, comma 26, D. lgs 12 Aprile 2006, n. 163, ove si specifica che per organismo di diritto pubblico deve intendersi “*qualsiasi organismo, anche in forma societaria*”:

- *istituito per soddisfare specificamente 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”.*

⁵Capalbo F., *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, Responsabilità amministrativa, p. 2, in www.respamm.it.

⁶Resta D. (1983), *Profili giuridici della società per azioni a partecipazione comunale*, Rivista T.A.R., pp. 255 e ss.; Consiglio Stato, nn. 1206 e 1207 del 2001, e n. 4711 del 2002, n. 1303 del 2002.

privatistica. In linea di principio, l'ente pubblico può partecipare alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la realizzazione di un proprio interesse.

La Suprema Corte⁷, inoltre, affermando che *“la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'Ente pubblico ne possieda in tutto o in parte le azioni”*, ha rilevato che l'interesse del socio pubblico ha rilievo esclusivamente extra sociale, e, pertanto, rimane privata la natura delle società partecipate da una pubblica amministrazione. Il rapporto tra società ed ente è di assoluta autonomia non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e mediante la nomina dei componenti degli organi sociali.

Il legislatore, dunque, ha equiparato le società partecipate da una pubblica amministrazione a quelle partecipate esclusivamente da soggetti privati ed infatti nella *Relazione al codice civile*⁸ si legge che *“in questi casi è lo Stato 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, salvo che norme speciali non dispongano diversamente”*.

Discorso diverso, invece, deve essere fatto in relazione all'attività svolta dalle società in esame e più in generale dalle società, anche partecipate da soli soggetti privati, che svolgano attività qualificabili come pubbliche o di pubblico interesse. Le società a partecipazione pubblica, infatti, sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e le finanze; saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento.

⁷Cassazione, Sez. Un., n. 7799 del 2005; Cassazione Sez. Un., n. 4991 del 1995; Cassazione, Sez. Un., n. 17287 del 2006; in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 13 e ss..

⁸Ibba C., Malaguti M. C., Mazzoni A. (2011), *Le società “pubbliche”*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 65 e ss..

La società di capitali a partecipazione pubblica è, dunque, in virtù della forma scelta, un imprenditore commerciale a prescindere dall'attività economica svolta e dalle modalità attuative di tale attività.

Tale interpretazione, sostenuta anche dalla Suprema Corte, riconosce natura commerciale a tali società 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 individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società "è lo statuto a compiere tale identificazione", realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore rispetto a quello previsto per le imprese non collettive⁹.

Inoltre, per le controversie riguardanti l'organizzazione societaria, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che non è sufficiente il mero coinvolgimento dell'interesse pubblico per giustificare l'attrazione in capo al giudice amministrativo. E' stato risolto in questo modo, oltre il caso della responsabilità degli amministratori, il caso della nomina o della revoca di quest'ultimi da parte di un ente pubblico: l'atto persegue un fine pubblico ma rimane un atto societario in quanto espressione di una prerogativa privatistica e non certo di un potere pubblicistico.

In conclusione del seguente paragrafo, occorre chiedersi se sia davvero utile indagare sulla natura giuridica di queste società, non propriamente enti pubblici, ma neanche del tutto enti privati, per inquadrarli in determinati ambiti. In assenza di una specifica indicazione legislativa che chiarisca per ogni singolo ente la sua natura, la caratteristica peculiare del fenomeno può essere individuata proprio nel fatto che il regime giuridico differenziato imposto da norme e statuti consente a questi enti di utilizzare strumenti e mezzi privatistici e pubblicistici in ragione di opportunità e necessità.

⁹Fimmanò F. (2013), *Il fallimento delle "società pubbliche"*, Crisi d'impresa e fallimento, pp. 29 e ss., in www.ilcaso.it.

1.3 LE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: il percorso storico dal primo dopoguerra alla privatizzazione

Lo sviluppo del sistema delle imprese a partecipazione statale è stato un fenomeno caratteristico dell'ordinamento italiano fin dagli anni venti del ventesimo secolo¹⁰.

Lo scadimento dell'efficienza amministrativa, dovuto soprattutto al numero sovrabbondante di addetti e ai frettolosi metodi di reclutamento, sia nello svolgimento dei compiti tradizionali, sia nell'affrontare i nuovi e più difficili compiti che lo Stato era chiamato a svolgere all'indomani della prima guerra mondiale, ha dato origine allo sviluppo del sistema delle partecipazioni statali.

In Italia si era venuta formando una particolare forma di azionariato di Stato, caratterizzato dalla presenza di imprese industriali o commerciali, ma anche agricole, costituite in forma di società per azioni, il cui capitale era posseduto, sin dalla costituzione dallo Stato.

Fra la prima e la seconda guerra mondiale si era verificato un pesante immobilizzo di alcune grandi banche nei confronti di imprese industriali, cresciute a dismisura durante la guerra e incapaci di riconvertirsi convenientemente ad attività non belliche.

Mediante una complessa manovra finanziaria si procedette alla costituzione di un ente di diritto pubblico, *l'Istituto per la Ricostruzione Industriale*, il quale, rilevando i pacchetti azionari posseduti dalle banche e restituendo a queste la necessaria liquidità, divenne azionista delle imprese sovvenzionate e delle banche stesse.

Nato in conseguenza di quest'operazione di risanamento bancario, *l'IRI* divenne presto uno strumento di politica economica, trasformandosi da ente incaricato di risanare e liquidare le imprese rilevate, in ente incaricato di gestirle secondo direttive di politica economica.

¹⁰In www.treccani.it.

Nel secondo dopoguerra fu costituito, secondo uno schema pressoché analogo, *l'Ente Nazionale Idrocarburi (ENI)*, azionista di società per azioni operanti nel settore degli idrocarburi liquidi e gassosi: AGIP, ANIC, ecc.

Si venne a creare, così, un insieme complesso costituito, in parte, da società le cui azioni erano direttamente nelle mani dello Stato, che le amministrava attraverso la direzione generale del Ministero delle Finanze, in parte da tre gruppi di società facenti capo ad enti di diritto pubblico, quali l'IRI e l'ENI, a loro volta sottoposti alla vigilanza di due o più ministeri, nonché alle direttive di comitati di ministri. Nel 1956, con la legge 22 Dicembre, n. 1589, venne istituito il Ministero delle Partecipazioni Statali, il quale si sostituiva a tutti gli altri nei compiti di guida e di vigilanza sulle imprese a partecipazione statale; queste dovevano essere, e in gran parte furono, raggruppate in “enti di gestione”, operanti secondo criteri di economicità.

Accanto all'IRI e all'ENI, vennero costituiti differenti Enti, ai quali vennero ceduti i pacchetti azionari direttamente posseduti dallo Stato, tra questi *l'Ente di gestione per le aziende termali*, quello per *le aziende cinematografiche*, quello per *le aziende minerarie*, quello per *il finanziamento delle aziende meccaniche*. Si venne delineando una struttura organizzativa che vedeva alla base le imprese, costituite e operanti secondo le norme del diritto privato, sotto forma di società per azioni; al di sopra di queste società vi erano gli enti di gestione, enti di diritto pubblico ma operanti anch'essi secondo le norme del diritto privato e detentori, direttamente o indirettamente, di una parte delle azioni delle società controllate.

Il Ministero delle Partecipazioni Statali esercitava nei confronti degli enti di gestione potere di guida, di indirizzo e di vigilanza.

I problemi che nacquero relativamente a questo ‘sistema’ furono gravi e complessi: le imprese e gli enti di gestione, sia operanti in un regime di concorrenza, sia di monopolio, erano tenuti, per legge, ad operare secondo “criteri di economicità”.

Il ridimensionamento di tale sistema, iniziato negli anni '90 sia al fine di ammodernare il tessuto economico produttivo nazionale alle regole della concorrenza in un contesto di integrazione comunitaria e globale, sia al fine di riorganizzare i

moduli dell'azione amministrativa, nel senso di una maggiore efficienza ed efficacia, è avvenuto con un processo che va sotto il nome di “*privatizzazione*” che ha comportato:

- il mutamento della forma giuridica dell'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività imprenditoriali ed, in particolare, la trasformazione delle aziende autonome e degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato anche al fine di ammodernare il tessuto economico produttivo nazionale alle regole della concorrenza in un contesto di integrazione comunitaria e globale;
- la vendita ai privati delle partecipazioni nelle società, anche al fine di ottenere proventi utili al risanamento del bilancio pubblico e realizzare, al tempo stesso, obiettivi di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

In relazione al mutamento della forma giuridica, numerose sono state le operazioni rientranti in tale fattispecie, avvenute perlopiù prima della riforma del diritto societario del 2003, e, in tutti i casi, si è trattato di trasformazioni di diritto singolare, cioè originate da un provvedimento normativo *ad hoc*, considerato indispensabile per il raggiungimento dello scopo.

Infatti, era pacifico che non potesse essere perseguito e realizzato l'obiettivo di mutamento della forma giuridica pubblica attraverso l'istituto della trasformazione di diritto comune (art. 2498 ss. c.c., testo originario) in quanto quest'ultimo era un'operazione appannaggio esclusivo delle società e, di fatto, non poteva essere esteso alla gran parte degli enti pubblici, essendo a carattere associativo¹¹.

Anche le privatizzazioni non si sono mostrate esenti da problemi: da un lato c'è stato il rischio che la vendita delle partecipazioni sia avvenuta senza una giusta competizione tra i potenziale acquirenti, dall'altro il rischio che il monopolio pubblico si sia trasformato in un monopolio privato e un abbassamento di enfasi sui connotati di interesse pubblico legati all'erogazione di servizi quali l'offerta di

¹¹Cetra A. (2003), *L'impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, Torino.

energia elettrica, gas naturale, acqua potabile, di smaltimento dei rifiuti, telecomunicazioni, trasporti e così via¹².

Si ricorda, in particolare, la legge 15 Marzo 1997, n. 59, cd. "*legge Bassanini*", la quale, nell'ambito del complessivo disegno di riorganizzazione della pubblica amministrazione, ha previsto una delega al Governo per il riordino degli enti pubblici nazionali operanti nei settori dell'assistenza e previdenza, delle istituzioni di diritto privato e delle società per azioni, controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, operanti nell'ambito della promozione e sostegno pubblico al sistema produttivo nazionale.

In attuazione di tale delega, sono stati adottati Decreti legislativi delegati di riordino, che hanno disciplinato la trasformazione in fondazione o in società per azioni di numerosi enti.

Tra gli interventi più rilevanti, si ricordano¹³:

- il Decreto legislativo 11 Luglio 1992, n. 333, il quale ha previsto la trasformazione dell'Ente Ferrovie dello Stato, dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL in società per azioni;
- il Decreto legislativo 21 Aprile 1999, n. 116, con il quale è stato riordinato l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ai fini della sua trasformazione in società per azioni, poi avvenuta con delibera CIPE n. 59 del 2 Agosto 2002 (adottata ai sensi del citato articolo 18 del Decreto-legge n. 333/92);
- il Decreto legislativo 11 Maggio 1999, n. 141, di trasformazione in società per azioni dell'Ente autonomo acquedotto pugliese;
- il Decreto legislativo 17 Agosto 1999, n. 304, di trasformazione in società per azioni dell'Ente autonomo esposizione universale di Roma;
- il Decreto legislativo 9 Gennaio 1999, n. 1, con il quale è stato effettuato il riordino degli enti e delle società di promozione operanti nel Mezzogiorno, ed è stata istituita la Società Sviluppo Italia S.p.A., ora Agenzia per l'attrazione degli

¹²Fazioli R., Donati D. (1996), *La trasformazione in società per azioni delle aziende pubbliche locali: una riflessione sulle opportunità ed i rischi della privatizzazione formale*, Rivista Economia delle fonti di energia e dell'ambiente, p. 40.

¹³In www.documenti.camera.it.

investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A., detenuta interamente dal Ministero dell'economia.

Sempre nel corso degli anni '90, talune disposizioni legislative hanno previsto l'istituzione di società, come la Concessionaria Servizi Informatici Pubblici, *CONSIP S.p.A.*, per lo svolgimento di specifiche attività, riservate allo Stato e individuate con regolamento Ministeriale.

La preferenza per forme giuridiche disciplinate dal diritto privato, ed in particolare della società per azioni, anche al fine dello svolgimento di attività di interesse pubblico e di sostegno al tessuto economico nazionale, ha trovato conferma nell'adozione anche nell'ultimo decennio di norme primarie che hanno disciplinato direttamente la trasformazione in società per azioni di importanti enti pubblici.

Si ricordano, a questo proposito:

- l'articolo 7 del Decreto legge 8 Luglio 2002 n. 138, che ha disposto la trasformazione in società per azioni dell'ANAS, società gestore della rete stradale ed autostradale italiana di interesse nazionale;
- gli articoli 5 e 6 del Decreto legge 30 Settembre 2003 n. 269, che hanno previsto, rispettivamente, la trasformazione in società per azioni della Cassa Depositi e Prestiti e della SACE, che opera nel settore dell'assicurazione dei crediti all'esportazione.

Le trasformazioni in S.p.A. hanno comportato un passo in avanti sulla via della trasparenza, data la forma evoluta di questa organizzazione societaria¹⁴: la contabilità è molto più comprensibile rispetto a quella dell'amministrazione, i rapporti tra gli organi societari sono ben distinti, le procedure di attività più snelle, le responsabilità più definite.

Il processo di privatizzazione, iniziato negli anni '90, oltre ad incidere sulla trasformazione della forma giuridica e sul trasferimento dei capitali di controllo ai

¹⁴Ratti G. (1996), *La privatizzazione delle aziende pubbliche locali*, Rivista Studi economici e sociali, p. 52.

soggetti privati, liberando risorse per altri obiettivi di governo locale o nazionale, ha imposto profonde modifiche nell'assetto proprietario e nei rapporti tra l'impresa e l'ambiente nel quale essa opera, modificando le norme di riferimento e/o i processi di definizione delle strutture e dei processi di *corporate governance*¹⁵.

La *corporate governance* è il sistema attraverso il quale le imprese sono amministrate e controllate su mandato della proprietà. Tale sistema è riconducibile all'individuazione di strutture e processi che possano garantire che i soggetti cui è affidata la direzione dell'impresa orientino la condotta aziendale al soddisfacimento degli interessi rilevanti, secondo logiche di sviluppo duraturo ed autonomo¹⁶.

Nell'amministrazione pubblica, in particolare, la *governance* può essere riferita al funzionamento interno di un singolo ente dell'amministrazione pubblica (*governance pubblica interna*); oppure ai rapporti tra enti pubblici territoriali ordinati diversamente per funzioni, poteri e livello territoriale di competenza (*governance pubblica esterna fra enti pubblici*); oppure alle relazioni fra gli enti pubblici territoriali proprietari e i soggetti esterni con distinta personalità giuridica, ai quali è affidata la titolarità di gestione delle reti, delle dotazioni patrimoniali o la gestione dei servizi pubblici (*governance pubblica esterna fra enti pubblici e società partecipate dei servizi pubblici*)¹⁷.

1.3.1 Segue: limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici

Il ridimensionamento del sistema delle imprese a partecipazione statale, iniziato negli anni '90, è proseguito anche nei primi anni del nuovo secolo con una serie di

¹⁵Pullano L., Fortis M.(2008), *Enti locali e aziende di servizi pubblici: assetti e processi di governance*, Rivista la Finanza Locale.

¹⁶Elefanti M., Cerrato D. (2008), *La governance delle imprese pubbliche locali*, in Mele R. (a cura di) *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Il Mulino, Bologna.

¹⁷Mulazzani M. (2005), *La governance dell'ente locale tra indirizzo e controllo strategico sulle società per azioni dei servizi pubblici locali*, in Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale di Novembre-Dicembre.

provvedimenti il cui scopo è stato quello di modificare ulteriormente l'insieme della materia.

Il 31 Dicembre 2010 è scaduto il termine entro cui gli enti pubblici del nostro Paese hanno, o avrebbero, dovuto conformarsi ai divieti e agli obblighi prescritti nell'art. 3, comma 27 ss. della l. 24 Dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008), legge oggetto comunque di interventi e modifiche.

Con questo provvedimento è stato individuato un principio ordinatore ben preciso della materia: la preclusione dell'utilizzazione della forma societaria alle imprese pubbliche, salve limitate eccezioni predeterminate dalla legge.

Infatti, il legislatore attraverso l'art. 3, comma 27, dichiara espressamente *“il divieto di costituzione di nuove società e di assunzione o di mantenimento di partecipazioni in società esistenti, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato”*.

Dalla lettura della norma risulta chiaro come il legislatore muova dalla convinzione, tra l'altro infondata, che l'utilizzazione della forma societaria da parte di enti pubblici sia di per sé fatto lesivo della concorrenza e del mercato.

In sostanza secondo alcuni autori¹⁸, il legislatore si è avvalso della discrezionalità che gli spetta nel legiferare per proibire *ex ante* più di quanto fosse strettamente necessario per tutelare l'interesse o perseguire il fine che egli dichiara di avere come obiettivo e, al tempo stesso, contenere la spesa pubblica e contrastare il fenomeno della “fuga verso il privato”, attraverso l'uso della forma società pubblica per eludere determinati vincoli.

Destinatari di tale norma sono tutti gli enti pubblici nazionali, regionali e locali diversi dagli enti pubblici economici, comprese le partecipazioni assunte da una norma avente rango di legge: non sono ricomprese, invece, tutte le amministrazioni dello Stato che rimangono assoggettate alle norme per esse vigenti prima della norma in esame¹⁹.

¹⁸Ibba C., Malaguti M. C., Mazzoni A. (2011), *Le società “pubbliche”*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 70 e ss..

¹⁹Il comma 27 bis dell'art. 3 l. n. 244/2007 prevede, che *“per le partecipazioni detenute da amministrazioni dello Stato ovvero derivanti dalla costituzione di nuove società produttrici di servizi di interesse generale in cui lo Stato assuma partecipazioni, il mantenimento della competenza gestoria e di indirizzo al Ministero dell'Economia e delle Finanze in ordine alle partecipazioni*

L'applicazione di una crescente normazione speciale inerente le società pubbliche è stata esclusa, in via generale, anche per le società quotate in mercati regolamentati, per le quali opera interamente un regime di mercato (articolo 3, comma 32-ter, legge n. 244/2007).

Quanto al significato da attribuire alla nozione di “*partecipazione*”, sia diretta sia indiretta, ai fini dell'applicazione delle norme di divieto, si devono includere le azioni di qualunque tipo, le quote di S.r.l. e gli strumenti finanziari.

Il divieto di assunzione o di conservazione delle qualità di socio colpisce qualsiasi livello di partecipazione (quelle totalitarie, quelle minoritarie, di controllo e così via) ed è, inoltre, vietata in qualsivoglia società, ad eccezione delle seguenti tipologie, individuate in relazione all'oggetto sociale:

- società il cui oggetto sociale è lo svolgimento di attività strettamente necessaria al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente socio;
- società produttrici di servizi di interesse generale;
- società che forniscono servizi di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

Le società ricomprese in questa terza categoria hanno lo scopo di favorire risparmi di spesa del denaro pubblico grazie alle economie di scala e ai prezzi più favorevoli ottenibili, centralizzando e aggregando a livello regionale le domande di beni e/o servizi di una pluralità di soggetti pubblici o para-pubblici.

Ben diverse, invece, sono le considerazioni che occorre fare in relazione alle prime due categorie.

Ai fini dell'interpretazione della nozione di attività “*strettamente necessaria*” è necessario individuare un'intensa compenetrazione tra attività imprenditoriale della società e funzioni che l'ente è tenuto a svolgere, non prevedendosi la possibilità per lo stesso di delegare ad altri soggetti il perseguimento delle proprie finalità

esistenti e l'attribuzione allo stesso Ministero della titolarità delle partecipazioni dello Stato nelle società produttrici di servizi generali di nuova costituzione; invece, per le amministrazioni dello Stato l'autorizzazione è data con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente per materia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”.

istituzionali, e, inoltre, la partecipazione deve costituire una *condicio sine qua non*, una condizione senza la quale l'ente pubblico non può raggiungere la finalità perseguita.

Invece, relativamente al concetto di “*finalità istituzionali*”, in particolare per gli enti locali, l'ANCI ha adottato la Circolare 3 Novembre 2010²⁰, nella quale si afferma come si possa fare riferimento al quinto comma dell'art. 3 del T.U.E.L.²¹.

Infine, in relazione alle società produttrici di servizi di interesse generale, il legislatore afferma che “*è sempre ammessa*” sia la costituzione che l'assunzione di partecipazioni da parte di enti pubblici “*nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza*”.

Con l'espressione “*servizi di interesse generale*”, presa a prestito dal diritto comunitario, il legislatore ha voluto regolare, in particolare, il fenomeno dei servizi pubblici locali rivestiti della forma giuridico-organizzativa di società e, nel rispetto dei vincoli previsti, ha cercato di evitare che gli enti pubblici locali abusino della libertà di costituire o di assumere partecipazioni in queste società.

La formula “*è sempre ammesso*” potrebbe far pensare a un trattamento privilegiato e una sorta di diritto speciale per le società ricomprese in queste categorie, con l'assenza di limiti ex ante alla partecipabilità: usiamo, appunto, il condizionale proprio perché tali società saranno comunque soggette al rispetto dei principi per la tutela della concorrenza così come quelle di diritto societario.

Infine, in riferimento alle partecipazioni pubbliche locali e regionali, in base a quanto previsto dall'art. 13 del Decreto legge n. 223/2006²² (c.d. “*Decreto Bersani*”), si stabilisce che: “*le società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali non per l'esercizio dell'attività di*

²⁰Circolare relativa agli adempimenti sulla costituzione o il mantenimento di società a partecipazione comunale, ai sensi dei commi 27 e ss., dell'articolo 3, della legge 24 Dicembre 2007 n. 244, ed alla dismissione delle partecipazioni vietate, in www.documenti.camera.it.

²¹Art. 3 del T.U.E.L., quinto comma: “*I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*”.

²²L'art. 13 del D. l. n. 223/2006 intitolato “*Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*” è stato convertito con modificazioni dalla l. 4 Agosto 2006, n. 248 ed è stato oggetto di plurime modifiche.

impresa, bensì per lo svolgimento di attività strumentali all'ente ovvero per lo svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative dell'ente, fatta eccezione per i servizi pubblici locali e i servizi e centrali di committenza, devono operare esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati e non possono partecipare ad altre società o enti avente sede nel territorio nazionale": tale obbligo, entrato in vigore il 4 Gennaio 2010, ha previsto la cessazione delle attività non consentite a terzi ovvero la scorporazione.

Come rilevato dalla Corte costituzionale²³, con tale norma non è stata negata né limitata la libertà d'iniziativa economica degli enti territoriali e locali, ma è stato imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni prettamente amministrative, per non beneficiare dei privilegi dei quali possono godere in quanto pubbliche amministrazioni, rimediando così a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza.

La giurisprudenza ha chiarito che possono definirsi strumentali all'attività di regioni ed enti locali tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento, e con i quali l'ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

1.4 LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: la tipologia

Nel nostro ordinamento in tema di legislazione delle società a partecipazione pubblica, in particolare negli ultimi decenni, abbiamo assistito, ad un percorso legislativo composito e spesso del tutto incoerente, caratterizzato da frequenti e repentini ripensamenti, fatta eccezione per una costante: la crescente e progressiva

²³Sentenza della Corte Costituzionale, 1 Agosto 2008 n. 326, in tema di costituzionalità dell'art. 13 del D. l. n. 223/06 (c.d. "Decreto Bersani").

incentivazione della società a partecipazione dell'ente pubblico (specie locale), anche attraverso la trasformazione di aziende speciali, consorzi ed istituzioni²⁴.

Tutto ciò rende complessa l'analisi del tema in esame, a partire dalla possibile classificazione delle stesse società a partecipazione pubblica.

Una prima classificazione fu elaborata sul finire degli anni '70, laddove si distinguevano le *società di diritto comune* da quelle di *diritto speciale*²⁵, in relazione allo scopo perseguito.

Le prime avevano lo scopo lucrativo tipicamente assegnato alle società dal codice civile, in base a quanto disposto nell'art. 2247²⁶; le seconde quello pubblico, ispiratore della partecipazione pubblica, e speciale era dunque lo scopo loro assegnato o quello in concreto perseguito.

Negli anni '90, invece, altri autori²⁷ distinsero le società a partecipazione pubblica di *fonte legale*, ossia costituite dalla legge o a seguito di un obbligo di legge, da quelle di *fonte contrattuale o comunque negoziale*.

Le prime, denominate anche *società di diritto singolare*, erano regolate da leggi-provvedimento dettate per una o più società, solitamente individuate e regolate, per contro, in maniera difforme dal diritto comune.

Quelle finora descritte sono categorie che, benchè risalenti, mantengono la loro utilità conoscitiva ma da sole non bastano più a cogliere il fenomeno delle società pubbliche in tutta la loro complessità.

Questa deriva, infatti, da una sempre più nutrita serie di variabili, in relazione alle quali la disciplina si diversifica: *la natura degli enti pubblici partecipanti* (statali o non, locali o non, territoriali o non, economici o non), *l'entità della partecipazione* (totalitaria, maggioritaria, minoritaria; di controllo o non) e *la sua composizione* (concentrata in un solo ente pubblico o ripartita fra più soggetti), *l'oggetto sociale, le modalità attraverso le quali la società è divenuta affidataria* di una determinata

²⁴Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 17 e ss..

²⁵Visentini G. (1979), *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano.

²⁶Art. 2247 c.c.: "Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili", in www.ilcaso.it.

²⁷Ibba C. (1992), *Le società legali*, Torino, pp 9 e ss..

attività, e in particolare dei servizi pubblici a rilevanza economica, di cui mi occuperò a conclusione del capitolo.

In relazione alle modalità di affidamento²⁸ è possibile individuarne due ordinarie e una eccezionale²⁹.

Le prime sono rappresentate dall'affidamento *a terzi imprenditori, o società in qualunque forma costituite*, individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica e *dalla costituzione di una società a capitale misto pubblico-privato*³⁰, nella quale al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40% e venga scelto attraverso l'espletamento di gara con procedure ad evidenza pubblica, per l'individuazione e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Le società miste sono ammesse, dunque, solo con la gestione affidata ai privati, per uno specifico oggetto e per un tempo determinato, corrispondente alla durata dell'affidamento del servizio.

In deroga alle modalità ordinarie, per situazioni eccezionali che non permettano un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di una società a capitale interamente pubblico, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "*in house*" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

²⁸Il legislatore italiano si è trovato a varare numerose disposizioni al fine di garantire la liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali e porsi in linea con quanto richiesto dall'Unione Europea. Ciò ha dato vita ad un lungo processo di riforma che ancora oggi non può dirsi concluso e che ha trovato il suo punto di partenza nella legge 8 Giugno 1990, n. 142. Successive modifiche si sono avute nel 2001, sia mediante l'art. 35 della legge 28 Dicembre 2001, n. 448 (Legge Finanziaria per il 2002), sia a seguito della riforma costituzionale che ha modificato l'intero Titolo V; nel 2003 con l'art. 14 della legge 24 Novembre, n. 326 (che ha convertito il Decreto legge 30 Settembre 2003, n. 269); nel 2008, con la legge 6 Agosto, n. 133; nel 2009, con l'art. 15 del D. l. 135.

²⁹Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 46-47.

³⁰Il partenariato pubblico-privato si riferisce "*a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*"; in Pallotta A. (2008), *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, p. 213.

1.4.1 Segue: le c.d. società “in house”

Questo modello gestorio³¹, pur presentando una serie di peculiarità nell’ordinamento societario, fonda la propria origine normativa in una rivisitazione fatta dal legislatore della giurisprudenza comunitaria, che, nella famosa sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia CE³², aveva escluso l’applicabilità delle norme sull’individuazione concorrenziale del concessionario qualora, testualmente, l’ente “*eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano*”.

Dell’applicabilità alle società del modello c.d. “*Teckal*” riguardante un soggetto giuridico del tutto diverso, per esempio un consorzio tra comuni, si era giustamente dubitato. In particolare, si era osservato che ben difficilmente potrebbero riscontrarsi tali presupposti nei confronti di società di capitali che gestiscono servizi pubblici locali perché esse, a differenza dell’azienda speciale e del consorzio, si distinguono proprio per l’estraneità e l’autonomia patrimoniale rispetto all’apparato amministrativo dell’ente locale.

L’affidamento “*in house*”, caratterizzato dalla natura non economica delle attività e da un affidamento diretto, derogando l’affidamento ordinario a mezzo gara³³, esige un rapporto di *delegazione interorganica*³⁴ che, comportando il trasferimento da un

³¹Guzzo G. (2009), *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè Editore, Milano, p. 2.

³²Sentenza della Corte di Giustizia del 18 Novembre 1999. Nel procedimento C-107/98, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per l’Emilia-Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal Srl e Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia; in Pallotta A. (2008), *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, pp. 194 e ss..

³³Le norme sugli appalti pubblici e sul conferimento dei servizi pubblici impongono che la pubblica amministrazione scelga i propri contraenti mediante gare pubbliche, condotte nel rispetto di regole e procedure volte a garantire parità di trattamento e obiettività nella scelta; in Lanciani A. (2010), *La natura della società in house tra pubblico e privato*, Rivista Il nuovo diritto delle Società, p. 92.

³⁴Fimmanò F. (2014), *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, Crisi d’impresa e fallimento, in www.ilcaso.it, pp. 5 e ss..

soggetto all'altro di competenze, funzioni e poteri, con la conseguenza che il delegante si spoglia di proprie attribuzioni a favore del delegato, il quale a sua volta, agisce solo nell'interesse e per conto di quest'ultimo, da un punto di vista civilistico è assolutamente improponibile tra una società di capitali ed il suo socio, tra i quali v'è comunque il diaframma della personalità giuridica.

I requisiti necessari per potersi affermare la presenza di un tale nesso, sono, pertanto, la *dipendenza amministrativa*, intesa sia come organizzativa che gestionale, tra un'amministrazione aggiudicatrice e una società pubblica, e la *diversa attribuzione dei compiti tra amministrazione e soggetto gestore*, seppure in modo che quest'ultimo realizzi la *parte prevalente della propria attività* in favore dell'ente controllante.

Quanto alla dipendenza, se il soggetto gestore è una società di capitali non per questo si può escludere che sia parte dell'amministrazione aggiudicatrice; quello che occorre accertare in concreto è l'effettivo *controllo* che l'amministrazione pubblica esercita sulla società partecipata.

Quanto alla diversa attribuzione di compiti tra l'Ente locale e la società aggiudicataria, il rapporto tra la società appaltatrice e l'amministrazione si deve sostanziare in una relazione di *subordinazione gerarchica* tale da concretizzare uno stretto controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sulla società.

Da tale relazione di subordinazione deriva la considerazione che entrambi i soggetti sono parti di un'unica struttura amministrativa e l'affidamento avviene al medesimo sistema amministrativo, "*in house*" appunto: l'attività svolta dalla società affidataria è esclusiva e precluderebbe alla stessa la partecipazione a procedure di gara per l'aggiudicazione di ulteriori appalti da parte di soggetti aggiudicatori diversi da quello di riferimento. In ogni caso, quando la società viene trattata come organo dell'ente, evidentemente ci saranno delle conseguenze gravi sul piano dell'applicazione delle regole societarie che ne disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento: la società, specie quella per azioni, non può mai per sua natura essere idonea alla configurazione di quel controllo analogo che la legge richiede, se non come vedremo attraverso strumenti contrattuali e, inoltre, la configurazione della

fattispecie produce l'effetto di per sé del c.d. “*abuso del dominio*”, ovvero della responsabilità da eterodirezione in violazione dei criteri di corretta gestione societaria ed imprenditoriale³⁵.

La Corte di Giustizia UE è intervenuta ripetutamente sui problemi in esame affermando che le due condizioni del “*controllo analogo*” e della “*parte più importante della propria attività*” devono essere interpretate in modo restrittivo, mentre l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su chi intenda avvalersene.

Per configurare il controllo analogo³⁶, è necessario uno strumento, di carattere societario, parasociale o contrattuale, diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante.

Non può certo bastare il potere di nomina degli organi perché questi saranno comunque autonomi nella gestione, salvo la possibilità di revocarli.

Si tratta del requisito di cui sono più incerti il significato e l'applicazione, in quanto occorre configurare un controllo gestionale e finanziario stringente, con elementi comuni con quello svolto dagli enti proprietari sulle proprie strutture organizzative. La giurisprudenza ha definito i requisiti per l'esercizio del controllo analogo, soffermandosi sui meccanismi societari³⁷:

- lo statuto non deve consentire l'ingresso di soggetti privati;
- la società non deve avere vocazione commerciale tale da pregiudicarne il controllo pubblico;
- l'organo amministrativo della società non deve avere rilevanti poteri gestionali;
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

³⁵Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 61 e ss..

³⁶Guzzo G. (2009), *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 36 e ss..

³⁷Fontana F., Rossi M. (2009), *Requisiti e limiti delle società in house*, Guida agli enti locali. Il sole 24 ore, p. 99.

Si deduce, quindi, che sul piano del diritto societario, il controllo analogo non è possibile nelle società per azioni sulla base delle regole civilistiche, soprattutto in seguito alla riforma del diritto societario, e neppure di patti parasociali, in quanto il tipo di società, almeno nel nostro ordinamento, impedisce per sua natura un controllo invasivo del socio sull'amministrazione.

Alla luce di queste considerazioni, nella società per azioni l'esercizio del controllo può essere esercitato solo attraverso il *contratto di affidamento del servizio*, dove l'ente, azionista ed appaltante, può effettivamente imporre, in via parasociale, modalità, termini e condizioni così stringenti ed unilaterali, da generare la configurazione di un effettivo controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi. Una forma di controllo c.d. "esterna" potrebbe essere giustificata dal dettato dell'art. 2359 c.c., comma 3³⁸: in questo caso si identifica un potere effettivo nei confronti della società, che prescinde, però, dalle regole organizzative della stessa, di determinare l'attività dell'impresa controllata.

Il contratto in questione non ha ad oggetto il controllo, ma il risultato dell'esercizio dell'attività economica, ovvero la produzione.

Pertanto, l'unico modello conforme al dettato del legislatore è il tipo della società a responsabilità limitata, ammessa ormai da più di un decennio nella gestione dei servizi pubblici, dove è concepibile un controllo di tipo invasivo ed anche asimmetrico, in base a quanto disposto dagli articoli 2479³⁹, comma 1, e 2476⁴⁰, comma 7.

Su tale modello gestorio è intervenuto anche la Cassazione⁴¹, pronunciandosi in tema di giurisdizione della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità di amministratori e sindaci di tali società costituite da enti locali per la gestione dei servizi pubblici: la

³⁸ Art. 2359 c.c., comma 3: "Sono considerate società controllate le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa".

³⁹ Art. 2479 c.c., comma 1: "I soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione".

⁴⁰ Art. 2476 c.c., comma 7: "Sono solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi".

⁴¹ Corte di Cassazione, Sez. Un., 7177 del 26 Marzo 2014.

Suprema Corte, qualificando la stessa società come un'articolazione della P.A., riconosce la giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale⁴².

Sul tema sono intervenuti anche diversi autori, e in particolare, c'è stato chi⁴³, pur condividendo il risultato del riconoscimento della giurisdizione contabile, non condivide il percorso che passa attraverso un approccio che può avere effetti indiretti destabilizzanti per il sistema del diritto delle società, laddove sarebbe stato possibile ricorrere alla disciplina comune della responsabilità da abuso di direzione e coordinamento sulle partecipate, contenuta nell'art. 2497⁴⁴ c.c., ed in particolare alla responsabilità c.d. "aggiuntiva" di chiunque prenda parte al fatto lesivo (organi dell'ente ed organi della società).

Infine, possiamo concludere dicendo che tali società non possono essere considerati imprenditori commerciali, sia perché non avrebbero scopo lucrativo, sia perché la disciplina legislativa nazionale e comunitaria impone la mancanza di imprenditorialità e di autonomia gestionale.

⁴²Cerioni F. (2014), *Società in house providing. La Cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle "società pubbliche" iniziando da quelle "in house"*, Le società, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁴³Fimmanò F. (2014), *Società pubbliche. La giurisdizione sulle "società in house providing"*, Le società, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁴⁴Art. 2497 c.c.: *"Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette .*

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario"; in www.ilcaso.it.

1.5 LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: le discipline

Passando dalle tipologie alle discipline, alcuni autori⁴⁵ provano ad ordinare quest'ultime secondo un criterio che tiene conto della loro collocazione topografica e degli enti che ne sono destinatari. Ne risulta il seguente quadro:

- *disciplina codicistica: norme specificamente dettate nel codice civile per tutte le società partecipate dallo Stato o da enti pubblici; norme e istituti codicistici di carattere generale e, pertanto, applicabili anche alle società a partecipazione pubblica;*
- *disciplina extracodicistica: norme dettate per le società pubbliche o quanto meno per alcune di esse; norme pubblicistiche, dettate non per le società pubbliche ma per enti pubblici o comunque con connotazioni pubblicistiche.*

In relazione alla prima disciplina, sia il codice civile del 1942, sia la riforma societaria del 2003 hanno dedicato alle società a partecipazione pubblica solo poche norme, finalizzate a consentire all'ente partecipante di nominare uno o più amministratori o sindaci, revocabili soltanto dallo stesso, e aventi per il resto gli stessi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea.

Questa disciplina, nella sua leggerezza dovuta alla volontà del legislatore di equiparare il trattamento delle iniziative economiche pubbliche e di quelle private, negli ultimi anni è stata ritenuta non conforme ai principi del diritto comunitario, in particolare in contrasto con il principio fondamentale della libera circolazione dei capitali, ed è stata in parte smembrata (abrogazione dell'art. 2450⁴⁶ c.c.) e in parte attenuata (modifica dell'art. 2449 c.c., per conformarlo ai principi comunitari⁴⁷).

⁴⁵Ibba C., Malaguti M. C., Mazzoni A. (2011), *Le società "pubbliche"*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 5 e ss..

⁴⁶Abrogazione avvenuta con l'art. 3 comma primo del D. l. 15 Febbraio 2007, n. 10, convertito nella legge 6 Aprile 2007, n. 46.

⁴⁷Il testo precedente scoraggiava gli investimenti degli operatori degli altri Stati membri perché attribuiva ad un soggetto pubblico poteri più che proporzionali rispetto alla partecipazione posseduta.

Le società pubbliche sono, pertanto, regolate dalla disciplina propria delle società di capitali e si applica alle stesse anche le disposizioni relative all'istituto della responsabilità da direzione e coordinamento, contenute nell'art. 2497 c.c., e quelle relative alla normativa antitrust e al fallimento.

Questo, naturalmente, in assenza di norme speciali integrative o derogative della disciplina comune.

In riferimento alla *disciplina speciale*, emanata considerando i vincoli di ordine comunitario e costituzionale, e cercando di rispettare, al tempo stesso, la tutela della concorrenza e il contenimento della spesa pubblica, cercando di semplificare un quadro normativo davvero di difficile ricostruzione, riporto i contenuti di alcune norme speciali⁴⁸ volte a:

- *porre limiti alla partecipazione a società da parte di soggetti pubblici*: come trattato nel paragrafo precedente (par. 1.3.1), le norme sono applicabili in generale alle Regioni, Comuni, enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali⁴⁹ (salvo la possibilità che la partecipazione riguardi società che svolgono attività “*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”, che producono “*servizi di interesse generale*” o di “*committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici*”) e, in particolare, ai Comuni con popolazione inferiore ai trentamila abitanti e a quelli con popolazione compresa fra i trentamila e i cinquantamila abitanti⁵⁰;

Secondo il nuovo testo, invece, “*nelle S.p.a. che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio lo statuto può conferire all'ente partecipante la facoltà di nominare un numero di amministratori e di sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale al capitale sociale.*”

Nel caso delle società che fanno ricorso al capitale di rischio tale facoltà può essere attribuita, alternativamente o attraverso la previsione di strumenti finanziari partecipativi, oppure mediante la creazione di una particolare categoria di azioni”.

Il nuovo testo è stato emanato dalla legge comunitaria del 2008, all'art. 13 comma primo (l. 25 Febbraio 2008, n. 34).

⁴⁸Ibba C., Malaguti M. C., Mazzoni A. (2011), *Le società “pubbliche”*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 9 e ss..

⁴⁹Art. 3, commi 27, 28 e 29, della l. 24 Dicembre 2007, n. 244.

⁵⁰Art. 14, comma 32, D. l. 31 Maggio 2010, n. 78, conv. con modifiche dalla l. 30 Luglio 2010, n. 122; e poi ulteriormente modificato dall'art. 1, comma 117 della legge di stabilità 2011 (l. 13 Dicembre 2010, n. 220); a sua volta modificato dall'art. 2, comma 43 del c.d. Decreto milleproroghe (D. l. 29 Dicembre 2010, n. 255, convertito con modifiche dalla l. 26 Febbraio 2011, n.10).

-
- *porre limiti alla possibilità dei soggetti pubblici di fornire capitale di rischio o di credito alla società partecipate*⁵¹ (salvo che ciò avvenga “a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti o previa autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri per salvaguardare la continuità delle prestazioni di servizi di pubblico interesse”);
 - *prevedere limitazioni della libertà d’iniziativa e della capacità negoziale della società*: si tratta di vincoli procedurali, come quelli che disciplinano il reclutamento del personale e il conferimento di incarichi⁵²; e sostanziali, che precludono o limitano l’esercizio di determinate attività o che incidono sull’autonomia gestoria⁵³;
 - *stabilire condizioni e procedure per l’affidamento diretto alle società di “incarichi” pubblici*⁵⁴;
 - *comporre una sorta di “statuto”, sia pure variegato e in qualche misura casuale, degli amministratori di società pubbliche*: le norme relative alla nomina e revoca⁵⁵, alla legittimazione ad assumere la carica⁵⁶, alla pubblicità⁵⁷, al numero e al compenso⁵⁸ e, infine, alla loro responsabilità⁵⁹.

⁵¹ Art. 6, comma 19, D. l. n. 78/2010, conv. dalla l. n. 122/2010.

⁵² Art. 18, commi 2 e 3, l. n. 133/2008; art. 18, commi 1 e 3, l. n. 133/2008.

⁵³ Art. 13 del D. l. n. 233/2006 (c.d. “Decreto Bersani”); art. 23-bis della l. n. 133/2008; art. 19, comma 1, D. l. n. 78/2009, conv. dalla l. n. 133/2008.

⁵⁴ Art. 113 TUEL (D. lgs. 18 Agosto 2000, n. 267); art. 23-bis, l. n. 133/2008; art. 12, D.p.r. 7 Settembre 2010, n. 168; art. 19, comma 5, del D. l. n. 78/2009.

⁵⁵ Art. 2449 c.c.; art. 6, comma 1, l. 15 Luglio 2002, n. 145.

⁵⁶ Art. 1, comma 734, legge 27 Dicembre 2006 n. 296.

⁵⁷ Art. 1, comma 735, legge 27 Dicembre 2006 n. 296.

⁵⁸ Art. 1, comma 725, 726, 727, 728, 729, 730, legge 27 Dicembre 2006 n. 296; art. 3, commi 12, 12 bis, 13, 15, 17, legge 24 Dicembre 2007, n. 244; art. 6, comma 6, l. n. 122/2010.

⁵⁹ In base a quanto disciplinato dall’art. 16-bis, l. n. 31/2008, nelle società per azioni quotate con partecipazione pubblica, anche indiretta, inferiore al 50% “la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del codice civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”. Recentemente, sul tema, è intervenuta la Corte di Cassazione (Sez. Un., 19 Dicembre 2009, n. 26806 e n. 519 del 15 Gennaio 2010) stabilendo che l’art. 16-bis “lascia intendere che vi sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa da quella ordinaria” ma non ne definisce i confini, i quali devono perciò essere ricostruiti mediante ricorso “ai principi generali e alle linee portanti del sistema”; principi e linee portanti che conducono a soluzioni diverse a seconda che il comportamento lesivo e illegittimo degli amministratori abbia colpito il patrimonio del socio pubblico (giurisdizione contabile) o quello della società da esso partecipata (giurisdizione ordinaria); in Tenore V. (2010), *La giurisdizione della Corte dei conti sulle*

In relazione alla *disciplina pubblicistica*, infine, è possibile individuare delle disposizioni di carattere *lato sensu pubblicistico*, che è possibile estendere alle società pubbliche, anche se espressamente quest'ultime non sono ricomprese tra i destinatari. Facciamo riferimento, ad esempio, al diritto di accesso a documenti amministrativi e alla disciplina degli appalti pubblici.

Al termine di questa carrellata potrebbe emergere una sensazione di disorientamento dovuta sia a eventuali “conflitti” tra le norme e gli orientamenti giurisprudenziali, in particolare in relazione alla tutela dei creditori e dei terzi che entrano in contatto con la società, conflitti nati ad esempio dalle norme che regolano la responsabilità degli amministratori, sottratta, in alcuni casi, al giudice ordinario, sia ai principi comunitari che potrebbero agire in direzione opposta sulla stessa tematica.

Per cercare di portare maggiore coerenza sia nella legislazione, sia nella giurisprudenza, assume sempre di più credito la distinzione⁶⁰ fra “*società di mercato*” e “*semi-amministrazioni*”.

Nel trattare delle “*semi-amministrazioni*”, vengono delineate tre categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività d'impresa con scopo lucrativo:

- il modello delle società *in house*, trattate in precedenza;
- le società cui vengono attribuite funzioni pubbliche (per esempio l'Anas);
- le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative e in particolare le società costituite da amministrazioni regionali e locali, oggetto di una disciplina restrittiva ad opera del c.d. “*Decreto Bersani*”, trattato in precedenza.

Attraverso questa terminologia si evidenziano le differenze tra il regime delle società a partecipazione pubblica operanti sul mercato, ricondotte al diritto comune, da quello di soggetti che, pur avendo forma societaria, sono di fatto parte della pubblica

S.p.A. a partecipazione pubblica, Rivista Foro amministrativo, Juris Data, in www.giuffre.it; Caringella F. (2010), *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Editore, pp. 588 e ss..

⁶⁰Catania E., Cipoletta I., Gnudi P., Iozzo A., Mincato V., Poli R., Micoss S., Rapporto di Assonime dal titolo *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, pubblicato nel Settembre 2008, in www.assonime.it.

amministrazione, e ai quali si dovrebbe applicare la disciplina pubblicistica in contrasto, in alcuni casi, con quella societaria.

A tal proposito, secondo alcuni autori⁶¹ alle *semi-amministrazioni* si applica la stessa disciplina prevista per le altre società in tema di iscrizione al registro delle imprese: esse in tal modo dichiarano ai terzi la loro natura societaria e suscitano nei terzi il legittimo affidamento circa l'applicazione di un regime giuridico conforme a quello delle altre società.

L'adozione della forma societaria determina, dunque, necessariamente l'applicazione del diritto societario, o per effetto della volontà del legislatore speciale o singolare o per effetto delle norme del codice civile.

La soggezione ad una o altra disciplina pubblicistica sarà possibile solo previa verifica della compatibilità fra questa e il diritto societario.

1.6 IL CONTROLLO DELLA CORTE DEI CONTI SULLE SOCIETÀ PARTECIPATE

In materia di responsabilità di contabilità pubblica la giurisdizione della Corte dei Conti ha carattere esclusivo, in base a quanto previsto dall'art. 103 della Costituzione⁶², organo competente anche nei giudizi di responsabilità amministrativa e contabile.

⁶¹Ibba C. (2010), *Le società a partecipazione pubblica oggi*, Rivista Il Nuovo diritto delle società, pp. 28 e ss.

⁶²Art. 103 Cost.: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Armate”.

L'insostituibile funzione di un giudice speciale e specializzato in una materia come quella della responsabilità si spiega in relazione alla necessità di una particolare conoscenza dei meccanismi e delle strutture dell'amministrazione⁶³.

La Corte dei Conti, nell'ambito delle funzioni di controllo ad essa delegate dall'articolo 100 Cost.⁶⁴, partecipa al controllo sulla gestione finanziaria degli enti, pubblici o aventi forma privatistica, a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, ai sensi e secondo le modalità stabilite dalla legge 21 Marzo 1958 n. 259⁶⁵.

In particolare, la Corte dei Conti controlla:

- gli enti che godono di contribuzione periodica⁶⁶ a carico dello Stato e gli enti che si finanziano con imposte, contributi, tasse che sono autorizzati ad imporre o che siano ad essi devolute (articolo 2). I rappresentanti dei collegi sindacali o di

⁶³Vagnoni S. (1992), *Le responsabilità nelle amministrazioni Statali e negli enti locali*, Giuffrè Editore, Milano, p. 415.

⁶⁴Art. 100 Cost.: "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione.

La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito.

La legge assicura l'indipendenza dei due istituti e dei loro componenti di fronte al Governo".

⁶⁵Tale controllo è esercitato dalla Corte dei Conti, "Sezione del controllo Enti", istituita ai sensi dell'art. 9 della legge 21 Marzo 1958 n. 259.

Con tale tipo di controllo si evidenziano gli esiti della gestione, in una valutazione complessiva dell'azione e dell'efficacia della attività monitorata, di una sua efficiente ed economica realizzazione, attraverso la verifica di documenti economico finanziari, oltre che contabili, quali sono i bilanci d'esercizio ed i conti consuntivi.

La lettura contabile permette di scoprire quegli elementi sintomatici di situazioni di dissesto o di crisi che corrispondono ad espedienti surrettiziamente utilizzati dal socio pubblico per mascherare o edulcorare la reale condizione economica come avviene, per esempio, nelle partecipate pubbliche.

Lo scorretto utilizzo della discrezionalità nelle stime patrimoniali costituisce il mezzo per il socio pubblico per differire nel tempo gli obblighi di intervento e i relativi costi, anche sociali, in nome di ragioni politiche contingenti.

La Corte dei Conti vigila affinché gli enti che gestiscono ingenti quote di risorse pubbliche, si attengano a parametri di legittimità ed improntino la loro gestione a criteri di efficacia ed economicità. La suddetta legge non si applica alle Regioni, alle Province, ai Comuni, alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, agli istituti di credito sottoposti a vigilanza dell'Ispettorato del credito; in Raeli V. (2009), "Il controllo sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato ed il controllo sulle società private per le quali lo Stato partecipa al capitale", in www.corteconti.it; Croci C. (2014), *I debitori non fallibili: alternative e punti critici del nuovo diritto fallimentare (atti). Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile e amministrativa e contabile, nei casi di crisi e di insolvenza*, Rivista Il nuovo diritto delle Società, pp. 80 e ss..

⁶⁶Per contribuzione ordinaria, la legge n. 259 intende i contributi che, con qualsiasi denominazione, una Pubblica Amministrazione o un'azienda autonoma statale abbia assunto a proprio carico, con carattere di periodicità, per la gestione finanziaria di un ente, o che da oltre un biennio siano iscritti nel suo bilancio.

revisione degli enti sono tenuti a fornire alla Corte ogni informazione utile ai fini dell'espletamento del suo controllo;

- gli enti che godono di un apporto al patrimonio in capitale, servizi, beni ovvero mediante concessione di garanzia. In questo caso, è previsto specificamente che il controllo venga esercitato da un magistrato della Corte dei Conti, nominato dal Presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione (articolo 12).

Si ricorda che, in virtù della sentenza della Corte Costituzionale 28 Dicembre 1993 n. 466, il potere di controllo della Corte dei Conti è esercitato sulle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, fino a quando permanga la partecipazione maggioritaria dello Stato o degli altri pubblici poteri al capitale sociale delle società e fin quando permanga inalterato, nella sostanza, l'apporto finanziario dello Stato.

La legge n. 259/58 ha, inoltre, demandato, per gli enti cui lo Stato contribuisce in via periodica, l'individuazione degli stessi ad un Decreto del Presidente della Repubblica, da adottarsi su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto col Ministro dell'economia e col Ministro competente.

Talvolta il decreto governativo è adottato su segnalazione della stessa Corte dei Conti.

Al rendiconto generale dello Stato è allegato un elenco completo degli enti sottoposti al controllo ai sensi della n. 259/58 (articolo 10).

Il controllo esercitato dalla Corte su tali enti è un controllo referente: la Corte, oltre a riferire annualmente al Parlamento, formula, in qualsiasi altro momento, se accerti irregolarità nella gestione di un ente e, comunque, quando lo ritenga opportuno, i suoi rilievi al Ministro dell'Economia ed al Ministro competente (articolo 8).

Ciò allo scopo di fornire indicazioni per la riqualificazione della spesa pubblica e di riflesso per la migliore ripartizione delle risorse finanziarie complessive.

Ai fini dell'espletamento del controllo della Corte, è previsto che gli enti debbono far pervenire alla Corte i conti consuntivi ed i bilanci di esercizio col relativo conto dei

profitti e delle perdite corredati dalle relazioni dei rispettivi organi amministrativi e di revisione, non oltre quindici giorni dalla loro approvazione e, in ogni caso, non oltre sei mesi e quindici giorni dalla chiusura dell'esercizio finanziario al quale si riferiscono.

Egualemente sono trasmesse alla Corte dei Conti le relazioni degli organi di revisione che vengano presentate in corso di esercizio.

1.7 LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: quanto ci costano?

Nel mare magnum delle sue partecipazioni (39.997 in 7.712 organismi), la pubblica amministrazione, come di seguito illustrato, si carica di oneri per 22,7 miliardi, circa l'1,4% del Pil.



Figura 1.1 Il peso delle società partecipate⁶⁷.

⁶⁷In www.confindustria.it.

Un costo enorme per la collettività che potrebbe essere ridotto di 12,8 miliardi tagliando le partecipazioni che non erogano servizi pubblici.

I dati sono illustrati dal Centro Studi di Confindustria⁶⁸, che sottolinea come sia urgente il riassetto di queste partecipazioni, sia al fine di recuperare risorse per ridurre il carico fiscale e il debito pubblico, sia per liberare il mercato dalla presenza spesso impropria dello Stato.

Sempre secondo il Centro Studi Confindustria, l'utilizzo delle partecipate è divenuto una fonte di abuso sempre più diffusa, che sfrutta posizioni dominanti sul mercato e consente di eludere i vincoli di finanza pubblica, reclutamento del personale e acquisto di beni e servizi, e, le norme varate negli ultimi anni si sono rivelate inefficaci nel contenere questo fenomeno. Un tema su cui anche la Corte dei Conti ha lanciato l'allarme, osservando che le società partecipate dagli enti pubblici, sono in alcuni casi strutturate in scatole cinesi, con la messa a rischio l'equilibrio finanziario dell'ente fino a provocarne il dissesto. La Corte dei Conti ha sottolineato anche di avere le armi spuntate sul controllo dei bilanci in quanto enti di diritto privato. Secondo le elaborazioni del Centro Studi Confindustria sulla Banca dati Consoc⁶⁹, il 62,7% delle partecipazioni della pubblica amministrazione sono in società, il 34,5% in consorzi e il 2,8% in fondazioni.

Come si evince dall'immagine, il maggior numero di partecipazioni è presente in Lombardia (7.496 partecipazioni), seguita da Piemonte (7.061), Veneto (4.123) e Toscana (3.606).

Circa i due terzi degli oneri complessivi sono determinati da organismi partecipati da Regioni, Comuni, Province e altre autonomie locali. Il terzo restante deriva da organismi partecipati dallo Stato.

Incrociando la banca dati Consoc con la banca dati Aida⁷⁰, sempre secondo il Centro Studi di Confindustria, è stato possibile associare alle partecipate i loro bilanci e il

⁶⁸In www.confindustria.it.

⁶⁹La banca dati Consoc è stata istituita dall'articolo 1 della Legge n. 296 del 27 Dicembre 2006 (Legge Finanziaria 2007) e regola la dichiarazione dell'elenco dei consorzi e delle società a totale o parziale partecipazione da parte delle Amministrazioni Pubbliche.

⁷⁰AIDA è una banca dati che contiene informazioni finanziarie, anagrafiche e commerciali su oltre 200.000 società di capitale che operano in Italia.

relativo codice di attività. Sulla base di questo incrocio, è stato possibile esaminare 4.864 organismi partecipati su un totale di 7.712, cioè il 63,1% degli organismi registrati nella banca dati Consoc.

I dati mostrano che quasi i due terzi degli organismi esaminati (3.106 su 4.864) non svolgono attività di interesse generale pur assorbendo nel 2012 il 56,4% degli oneri sostenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Se si ipotizzasse che, anche per gli organismi riportati nella banca dati Consoc di cui non è stato possibile ricostruire il codice attività, il 56,4% degli oneri fosse erogato a quelli che non producono servizi di interesse generale, si quantificherebbero appunto in 12,8 miliardi le risorse che potrebbero essere risparmiate azzerando i trasferimenti di risorse verso organismi che non svolgono servizi pubblici.

1.8 I SERVIZI PUBBLICI

L'importanza della funzione esercitata dai servizi in un contesto economico moderno è strettamente collegata alla possibilità che essi offrono di soddisfare in maniera immediata dei bisogni, e di soddisfarne altri in maniera indiretta consentendo la produzione e/o il consumo di beni.

L'evoluzione qualitativa e quantitativa dei servizi procede sempre in parallelo con la trasformazione e l'espansione della città moderna, originando così un circolo virtuoso: nel processo di sviluppo economico e di crescita sociale rivestono una funzione primaria i servizi pubblici, sotto-categoria del più vasto insieme dei servizi. Costituisce affermazione comune di quasi tutte le trattazioni dedicate al tema dei pubblici servizi quella di una sostanziale indeterminatezza della relativa nozione.

In dottrina si sono fronteggiate due opposte teorie⁷¹: la prima, c.d. “soggettiva”⁷², individua il criterio distintivo nell’erogazione del servizio da parte di un soggetto pubblico; la seconda, invece, c.d. “oggettiva”⁷³, dando rilievo alla natura dell’attività svolta e facendo leva sull’art. 43 della Costituzione⁷⁴, prescinde dalla natura del soggetto erogatore, per radicare la distinzione sulla natura dell’interesse perseguito e sull’attività in concreto erogata.

Tuttavia a prevalere in dottrina è una concezione soggettiva “temperata”, in base alla quale ciò che conta è l’imputabilità all’organizzazione complessiva, la titolarità del servizio, non la sua gestione.

Data la difficoltà nell’individuare un significato univoco del concetto di servizio pubblico, dovuto anche all’evolvere sociale che rende labile e relativa ogni classificazione o confine tra l’area pubblica e quella privata, risulta essere più interessante individuare le caratteristiche che meglio ne definiscono i contenuti. Si tratta, infatti, di⁷⁵:

- *servizi a larga diffusione e con omogeneità di soluzioni funzionali;*
- *servizi di base, atti a consentire un elementare livello di civiltà e un fondamentale “standard” di esistenza sia ai singoli utenti, sia alle loro organizzate comunità;*
- *servizi che mirano a soddisfare bisogni collettivi essenziali, largamente avvertiti da ampi strati della popolazione;*
- *servizi aventi caratteri spiccati di specialità, da identificarsi nella loro disponibilità anche alle classi meno ambienti, e nella circostanza che essi assicurano una condizione minimale di civiltà e di sviluppo;*

⁷¹Cendon P. (2004), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Pubblica amministrazione e settori emergenti*, Utet, Torino, pp. 145 e ss.; Stanzione P., Saturno A. (2006), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, pp. 581-582.

⁷²Tra i principali sostenitori della teoria soggettiva si segnala De Valles A. (1924), *I servizi pubblici*, in Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano, Milano, pp. 6 e ss..

⁷³Tra i principali sostenitori della teoria soggettiva si segnala Pototoshnig U. (1964), *I pubblici servizi*, Padova, pp. 155 e ss..

⁷⁴Art. 43 Cost.: “Ai fini dell’utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”.

⁷⁵Pischel G. (1972), *L’azienda municipalizzata*, Cispel, Roma, pp. 10-11.

-
- servizi di “pubblica utilità”, ovvero funzionali in maniera estesa all’intera comunità.

Le impostazioni teoriche dottrinali, al fine di individuare i contenuti del concetto di servizio pubblico, hanno assunto alla base delle proprie affermazioni le tematiche relative all’aspetto sociale, alla pubblica utilità e alla natura del soggetto responsabile all’erogazione. Pertanto si è giunti a concepire come pubblico un servizio che⁷⁶:

- ha un’utilità e tutela interessi considerati collettivi⁷⁷;
- la responsabilità della sua erogazione è da attribuire ad un organo dell’amministrazione pubblica;
- la sua gestione è di natura pubblica.

Nell’ambito dell’articolata organizzazione dello Stato, a ciascun ente che ne è parte viene attribuito un proprio specifico ruolo nella gestione dei servizi da amministrare, in relazione all’importanza e alla delicatezza degli interessi da tutelare, che ne determinano la collocazione a livello centrale o locale sotto il profilo della competenza: per questo distinguiamo i servizi pubblici organizzati a livello nazionale da quelli organizzati a livello locale.

Nell’attuale e composito quadro normativo convivono in modo disarmonico le istanze, solo dichiarate, di liberalizzazione ed i principi della concorrenza.

La classificazione dei servizi pubblici rimane fondata sulla loro *rilevanza economica*⁷⁸, in luogo della precedente rilevanza industriale (contenuta nell’art. 35 della Legge Finanziaria per il 2002), ed in conformità ad una linea di connotazione

⁷⁶Baroni D. (2004), *Enti locali e aziende di servizi pubblici. Assetti e processi di Governance*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 4 e ss.

⁷⁷Il concetto di interesse pubblico o collettivo richiama quello di interesse generale, che fa riferimento all’insieme delle attività delle istituzioni pubbliche e al conseguente contributo che esse danno all’interesse della comunità nella sua unitarietà, a quello di specifici gruppi e a quello dei singoli individui; in Borgonovi E., Fattore G., Longo F. (2009), *Management delle istituzioni pubbliche*, Egea, Milano, p. 18.

⁷⁸Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 42 e ss.

determinata anche dall'Unione Europea e formalizzata con il c.d. "*Libro Verde*" della Commissione sui servizi di interesse generale.

In base a quanto previsto dall'art. 2082 c.c.⁷⁹, l'economicità è richiesta in aggiunta allo scopo produttivo dell'attività che può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa alla realizzazione di ricavi remunerativi dei fattori produttivi impiegati, ovvero quando è svolta con modalità che consentono almeno la copertura dei costi con i ricavi in funzione dell'autosufficienza economica e ciò a prescindere dal lucro soggettivo od oggettivo.

Sul piano legislativo per gli enti pubblici risulta che non è imprenditore chi, soggetto pubblico o privato, produca beni o servizi che vengano erogati gratuitamente o sottocosto, tale cioè da far oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. E' invece imprenditore chi gestisce i medesimi servizi con metodo economico anche se ispirato da un fine pubblico o ideale.

Il tutto fermo restando che la scelta del modello organizzativo della società integra la natura di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, qualsiasi sia l'attività economica svolta.

Quindi i servizi pubblici locali a rilevanza economica sono quelli gestiti con metodo economico, laddove la tariffa richiesta all'utente risponda allo scopo almeno tendenziale di coprire integralmente i costi di gestione.

Inoltre, la giurisprudenza si è avvalsa, ai fini classificatori, di un criterio già conosciuto e utilizzato a livello comunitario, ossia quello della presenza o meno di un mercato concorrenziale, desumibile, tra gli altri, da indici quali l'esistenza di rischi connessi all'attività da esercitare, lo scopo lucrativo in capo al gestore, il finanziamento prevalentemente o esclusivamente pubblico.

In definitiva si può infatti sostenere che si è in presenza di servizi aventi la suddetta rilevanza ogni volta risulti possibile, per i caratteri tipici della prestazione, la produzione di un utile o un avanzo di gestione, ancorché essi derivino da una forma più o meno ampia di finanziamento pubblico dell'attività.

⁷⁹Art. 2082 c.c.: "*E' imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*".

In uno studio curato da Nomisma⁸⁰, volto a far luce sullo stato e sulle prospettive di sviluppo dei servizi pubblici locali a rilevanza economica in Italia, che ha interessato poco più di mille imprese di pubblica utilità, è emerso che quest'ultime sono localizzate prevalentemente nel Nord e nel Centro del Paese, mettendo in evidenza come, ancora una volta, il Mezzogiorno risulta essere l'area che più soffre in termini di crescita e sviluppo.

A supporto di questi dati emerge, sempre dall'analisi, che nel Sud del Paese i servizi pubblici locali risultano sovente gestiti direttamente dai Comuni attraverso aziende monoservizio e presentano valori della produzione nettamente inferiori rispetto a quelli registrati nelle altre aree della penisola.

Nell'ambito di questa asimmetria che caratterizza la conduzione dei servizi pubblici locali sul territorio nazionale si evince, inoltre, che il tratto distintivo che contrassegna lo sviluppo imprenditoriale consolidato nelle aree del Centro e del Nord del Paese è la strategia dei processi di concentrazione delle imprese, spesso accompagnati da mutamenti di assetti proprietari e societari. Questi fenomeni di fusione societaria puntano:

- all'implementazione di più efficaci politiche commerciali;
- all'ampliamento di bacini d'utenza per raggiungere il maggior numero di clienti;
- allo sfruttamento di sinergie di tipo amministrativo e gestionale;
- al conseguente miglioramento del rapporto qualità/prezzo nell'erogazione delle prestazioni e standard più elevati nella gestione dei servizi a favore dell'utenza.

Le vicende economico-sociali che caratterizzano il nostro Paese, nonché un recente parere della Sezione regionale di controllo della Corte dei Conti per la Regione Basilicata⁸¹, ci permettono di riflettere sulle convulse modifiche alla normativa in

⁸⁰Nico M. (2009), *Aziende pubbliche, il giro di affari a due velocità*, Rivista Guida agli enti locali. Il sole 24 ore, pp. 1 e ss..

⁸¹Corte dei Conti per la Regione Basilicata, deliberazione n. 173/2012, in www.corteconti.it.

tema di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e, in particolare, sul ruolo determinante che occupa l'esigenza di protezione delle risorse pubbliche⁸².

Andando ad esaminare la produzione normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica degli ultimi decenni (art. 22 della l. n. 142/1990, poi confluito nel T.U.E.L.; art. 23 bis del D. l. n. 112/2008, modificato nel 2009; sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010; il referendum abrogativo del 12-13 Giugno 2011; l'art. 4 del D. l. n. 138/2011 modificato nel 2012; sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012), si rileva che la ricerca dell'efficienza e del risparmio di spesa pubblica ha costituito la spinta necessaria per il passaggio da modelli prettamente pubblicistici, tra i quali ricordiamo *la gestione in economia e l'azienda municipalizzata*, a modelli privatistici o ibridi, derivanti, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, dall'applicazione delle forme di partenariato pubblico-privato e dalle società "in house".

Tuttavia, le vicende normative che si sono susseguite hanno fatto venir meno le ragioni propulsori di questo cambiamento: infatti, il modello societario privatistico o ibrido portava ad un incremento della spesa pubblica (ad es. oltre cinquemila società e aziende partecipate dai Comuni hanno registrato una diminuzione dell'avanzo di gestione di circa il 77%⁸³) e costituiva un tentativo per aggirare il patto di stabilità interno.

Per questi motivi, tale modello societario va perdendo d'importanza e il legislatore, con l'art. 4 del D. l. n. 138/2011, pone come obiettivo prioritario le liberalizzazioni, dopo aver cercato di privatizzare, non sempre con successo, mettendo i servizi sul mercato, a tutela della concorrenza, del principio di pari trattamento dell'impresa pubblica e privata.

In conclusione, emerge chiaramente un dato certo: l'allontanamento dai modelli pubblicistici rende più complesso giustificare l'intervento della Corte dei Conti.

⁸² Parisio V. (2013), *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa. Public local services management, public resources safeguard and cost containment*, Rivista Il Foro amministrativo – TAR, pp.385 e ss.

⁸³ Il sole 24 ore del 29 Ottobre 2012, in www.ilsole24ore.com.

Nella scelta dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali, la crisi dello stato sociale e la crisi economica condizionano le amministrazioni locali in modo sempre più determinante, con il rischio da un lato del difficile controllo delle risorse pubbliche e dall'altro che concorrenza e valori solidaristici vengano a trovarsi in una dolorosa contrapposizione.

Capitolo secondo

SOCIETÀ' IN MANO PUBBLICA E PROCEDURE CONCURSUALI

2.1 L'EQUILIBRIO INSTABILE DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE TRA INSOLVENZA E RICAPITALIZZAZIONI

La Sezione Autonomie della Corte dei Conti⁸⁴, al termine di un'indagine compiuta su tutti gli organismi partecipati dagli enti locali tra il 2005 e il 2007, ha rilevato che, in media, ogni anno il 40% circa delle società partecipate ha chiuso il bilancio in perdita, mentre addirittura il 22,4% ha chiuso costantemente in perdita i bilanci dell'intero triennio di osservazione⁸⁵. Aziende che conseguono perdite in modo così sistematico non possono sopravvivere in via autonoma e lo squilibrio reddituale si trasforma, prima o poi, in squilibrio finanziario e, dopo aver esaurito tutte le possibili forme di ricorso al credito, si giunge ad uno stallo che determina l'interruzione dell'attività produttiva. Il più delle volte, le società partecipate producono servizi la cui interruzione avrebbe conseguenze inaccettabili per la pubblica amministrazione e, la medesima indagine rileva che, in media il 38% di queste società beneficia di almeno un intervento di ricapitalizzazione all'anno.

Si delinea così un modello di azienda che vive di vitalità riflessa e che basa la propria continuità sulla sistematica ricapitalizzazione delle perdite da parte dei soci.

Come la recente crisi finanziaria sta dimostrando, le risorse pubbliche non sono infinite e negli ultimi anni numerosi sono i casi di amministrazioni che hanno smesso

⁸⁴Sezione delle Autonomie, Deliberazione n. 13/2008 e n. 14/2010.

⁸⁵Capalbo F. (2012), *L'equilibrio instabile delle società partecipate pubbliche tra insolvenza genetica e ricapitalizzazioni per perdite: le responsabilità dei sistemi contabili*, Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale, p. 347 e ss..

di ricapitalizzare le perdite accumulate e sono emersi, così, stati di insolvenza le cui cause economiche erano maturate da diversi anni ma erano state occultate proprio dalla successione delle ricapitalizzazioni⁸⁶.

I servizi prodotti dalla larga maggioranza delle società oggetto dell'indagine sono ceduti in cambio di corrispettivi e/o tariffe⁸⁷ che vengono di norma stabiliti sulla base di considerazioni politiche e sociali o che, semplicemente, riflettono l'importo dei trasferimenti di cui beneficiavano le entità dalla cui evoluzione tali società derivano, senza che, nel tempo, si sia tenuto in debito conto l'incremento dei costi unitari dei fattori produttivi.

Ne consegue che i fatturati che esse sono in grado di conseguire sono spesso incapaci di riflettere l'effettivo valore ceduto e, il più delle volte, non sono sufficienti a coprire neanche i costi di produzione di una gestione efficiente: il tutto determina un'insolvenza già presente nel codice genetico della società sin dal momento della sua costituzione o comunque dal momento della definizione del contratto che ne costituisce la sostanza economica.

Tuttavia, il ricorso sistematico alla ricapitalizzazione per perdite, dando luogo a una sorta di "*solvibilità a fondo perduto*", è una decisione non "obbligata", in quanto le amministrazioni partecipanti, essendo soci di una società di capitali, non devono effettuare obbligatoriamente versamenti ulteriori rispetto alle quote originariamente sottoscritte e, inoltre, non è una decisione "necessariamente" irrazionale⁸⁸. Infatti, nel caso delle aziende che erogano servizi pubblici può trattarsi di una modalità di trasferimento sulla collettività di quella parte dei costi di produzione di determinati servizi che non si vogliono addossare all'utenza diretta attraverso le tariffe; nel caso

⁸⁶Tra i vari si ricordano i casi della ACMS S.p.A. di Caserta, della AMIA di Palermo, della Tirrenia di Navigazione S.p.A..

⁸⁷Considerando, ad esempio, il caso delle aziende di trasporto pubblico, il servizio offerto è, generalmente, quello condiviso con l'ente responsabile (Comune, Regione, Provincia) ed è regolato in base a un contratto di servizio che definisce un corrispettivo fisso per ogni bus/km erogato. Il corrispettivo, in base a quanto definito dal decreto legislativo 422/97, dovrebbe coprire la parte dei costi non coperta dai ricavi da traffico i quali, infatti, sarebbero dovuti arrivare a coprire una percentuale pari al 35% dei costi operativi al netto di quelli infrastrutturali.

⁸⁸Capaldo F., *Insolvenza delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche: aspetti introduttivi*, in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 493 e ss..

delle aziende che erogano servizi strumentali può trattarsi di una modalità, discutibile, di copertura di costi di produzione che sarebbero rimasti a carico dell'ente socio.

A pesare sulla sistematicità delle ricapitalizzazioni per perdite, grava la natura non programmata delle stesse, evidenziata dal frequente ricorso all'istituto dei debiti fuori bilancio, e la corresponsabilità dei sistemi contabili, con la prevalenza che la normativa italiana riconosce agli equilibri patrimoniali rispetto a quelli finanziari. Inoltre, sono evidenti delle situazioni gestorie in cui le società partecipate pubbliche applicano in maniera non scrupolosa il principio di economicità, facendo prevalere logiche non di mercato con un incremento dei costi di gestione con conseguente lievitazione sia delle tariffe a carico della collettività che degli oneri a carico degli enti pubblici.

Infine, tali società presentano, in alcuni casi già in partenza, sia dei forti squilibri dovuti a crediti eccessivi verso l'ente partecipante, in aggiunta a "un'esclusiva" dipendenza dallo stesso (ipotesi di mono cliente), sia un attivo insufficiente con poche Immobilizzazioni Materiali iscritte in bilancio.

È proprio l'equilibrio instabile delle società partecipate che dovrebbe interrogarci, in partenza, sulla possibilità reale e sui vantaggi effettivi che potrebbero derivare dall'assoggettamento o meno delle stesse alle procedure concorsuali.

2.2 LE SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE E LE PROCEDURE CONCORSUALI IN CASO DI INSOLVENZA: i diversi orientamenti della giurisprudenza

Il concetto di società in mano pubblica rimanda, in prima battuta, alla figura di un ente societario a partecipazione pubblica. Tuttavia, come ho avuto modo di scrivere nelle pagine precedenti, risulta vano il tentativo di ricavare dalla legislazione

nazionale una definizione unitaria, considerata la confusa normazione di settore, fatta di disposizioni disorganiche e spesso incoerenti che, pur in assenza di un testo unico di riferimento, hanno accentuato i profili di specialità delle società in mano pubblica. Ciò ha indotto a interrogarsi circa l'effettiva natura di tali organismi e, parallelamente, in merito alla disciplina applicabile.

Si è così assistito al superamento del dato giuridico-formale della conformazione civilistico-societaria e alla valorizzazione della natura sostanzialmente pubblica dell'assetto di interessi e delle logiche gestionali delle partecipate pubbliche totalitarie⁸⁹ e, in tale cornice, si innesta il dibattito giurisprudenziale circa la sottoposizione delle società pubbliche alle procedure concorsuali.

Secondo l'orientamento *tradizionale*⁹⁰, la società in mano pubblica resta una società di capitali, ai sensi degli artt. 2325 e ss. c.c., e, in quanto tale, deve seguire le disposizioni previste dalla disciplina privatistica, con integrale adozione dello statuto dell'imprenditore commerciale, ivi incluso l'assoggettamento alle procedure concorsuali, senza che possa incidere la natura pubblica del capitale, del patrimonio e dello scopo sociale, salvo poi l'applicazione di disposizioni di legge speciale.

Tale indirizzo è venuto progressivamente a inclinarsi, sotto l'influsso dell'evoluzione normativa che ha portato all'affermazione della nozione di impresa pubblica⁹¹, che valorizza gli aspetti sostanziali a discapito della veste formale sotto la quale l'impresa viene esercitata.

Di qui ha preso piede un diverso orientamento secondo il quale occorre indagare l'effettiva natura del soggetto, rilevando, in tale ottica, tanto il carattere strumentale o meno dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche, quanto

⁸⁹In questi termini Corte dei Conti, Sez. Contr. Reg. Calabria, 14 Giugno 2012, n.84.

⁹⁰Inaugurato dalla Cassazione, 10 Gennaio 1979, n. 58 e più recentemente sintetizzato da App. Napoli, 15 Luglio 2009, in www.fallimento.it, (riguardante il caso della "Pomigliano Ambiente S.p.A."): *"Il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo alla ordinaria disciplina codicistica; ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione dal fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato"*; in www.ilcaso.it.

⁹¹Direttiva n. 80/723/CEE del 25 Giugno 1980, art. 2, in base alla quale per impresa pubblica si intende ogni impresa nei cui confronti i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante.

l'esistenza o meno di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario. In particolare, gli indici della natura sostanzialmente pubblica della società vengono ravvisati nello svolgimento della maggior parte dell'attività in favore dell'ente pubblico, nella mancata vocazione commerciale, nella limitazione dei poteri gestionali dell'organo amministrativo con contestuale attribuzione all'ente pubblico di poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce al socio, nella sottoposizione delle decisioni di maggior rilievo all'ente pubblico, nell'erogazione, da parte dell'ente pubblico di controllo, di risorse finanziarie ulteriori e diverse rispetto al conferimento del capitale sociale.

Pertanto, in applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, si afferma⁹² che, coesistendo una pluralità di predetti elementi sintomatici, da valutare caso per caso, la società non può considerarsi un soggetto di diritto privato, bensì un ente pubblico⁹³ e soggetto all'intero statuto degli enti pubblici e dunque riconducibile

⁹²Tribunale di Patti, decreto del 6 Marzo 2009, in www.osservatorio-oci.org; Tribunale di S. Maria Capua Vetere, decreto del 9 Gennaio 2009, decreto del 22 Luglio 2009 in www.fallimento.it. Il Tribunale di Patti ha riqualificato come ente pubblico, non assoggettabile al fallimento, la società per azioni partecipata esclusivamente da enti pubblici, in quanto non costituita su base volontaristica, ma in ossequio alle disposizioni di cui al D. lgs. n. 22/97 (sotto la vigilanza dell'Agenzia Regionale per i rifiuti e le acque e con un sistema di necessaria ricapitalizzazione e perdite, previsti dalla legge regionale n. 19 del 2005).

Il tribunale di S. Maria Capua Vetere, in riferimento all' ACSA CE/3 S.p.A., ha richiamato alcuni degli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza amministrativa: la nozione di impresa pubblica di derivazione comunitaria, che attribuisce rilevanza alla «influenza dominante dei pubblici poteri» e prescinde dalla natura giuridica, pubblica o privata, dell'ente, nozione valorizzata alla luce di due sentenze della Corte di Giustizia, secondo le quali il concetto di «organismo pubblico» «comprende anche enti formalmente privati»; l'art. 1 del D. lgs. 30 Marzo 2001, n. 165; la sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993, sui presupposti del controllo della Corte dei Conti; la giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'irrelevanza della veste formale della società per impedirne la qualificazione come soggetto pubblico. Il Tribunale al fine di escludere l'assoggettabilità della società al fallimento, ne ha affermato la natura pubblica in virtù del fatto che essa era frutto della trasformazione dei preesistenti consorzi di gestione dei servizi locali, ai sensi dell'art. 35 l. 448/01 ed il capitale sociale è a totale titolarità pubblica e le limitazioni all'autonomia funzionale degli organi societari e all'esercizio dei diritti dell'azionista

⁹³L'esigenza di sottrarre dal fallimento gli enti pubblici si pone solo per quelli che svolgono attività d'impresa, ossia per i c.d. *enti pubblici economici*. Per gli enti pubblici che non assumono la qualità di imprenditori commerciali non vi è, invece, alcuna necessità di prevedere nessuna esenzione per il semplice fatto che non svolgono attività commerciale o, se pure la svolgono, questa non è esercitata in misura prevalente o professionale.

Il legislatore del 1942 riconobbe agli enti pubblici la possibilità di esercitare attività di impresa, ma allo stesso tempo escluse che a questi soggetti potesse essere applicata la disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali giudiziali, tenendo ben distinti, anche sotto tale profilo, l'ente pubblico economico e la società per azioni. L'esenzione dal fallimento rappresentava una caratteristica esclusiva degli enti pubblici economici, come tale insuscettibile di essere estesa alle società a

ai soggetti esclusi ai sensi dell'art. 1 l. fall.⁹⁴, secondo il quale “sono soggetti alle disposizioni sul fallimento gli imprenditori che esercitano un’attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”.

Si tratta di un orientamento che ha tratto conforto dal diritto comunitario e dalla nozione di “*organismo di diritto pubblico*” e recepita dal nostro ordinamento con l’art. 3, comma 26, D. lgs 12 Aprile 2006, n. 163, ove si specifica che per organismo di diritto pubblico deve intendersi “*qualsiasi organismo, anche in forma societaria:*

- *istituito per soddisfare specificamente 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*”⁹⁵.

All’approccio appena esaminato, ispirato a un criterio *tipologico*, fondato sulla natura giuridica dell’ente e indagata secondo un criterio sostanziale, se n’è affiancato un altro, di tipo *funzionale*: l’individuazione della concreta disciplina applicabile all’ente va condotta sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune con le specifiche norme di settore dettate dal legislatore⁹⁶.

In questo caso, l’esclusione dalle procedure concorsuali di una società in mano pubblica non dipende dalla possibilità di equipararla a un ente pubblico, in forza

partecipazione pubblica; in D’Attorre G., *Gli enti di natura pubblica*, in Sandulli M. (2007), *I soggetti esclusi dal fallimento*, Milano, Ipsoa, p. 106; Scarafoni S., *L’esclusione degli enti pubblici dalla soggezione al fallimento*, in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 307 e ss.; Fiorani L. E. (2012), *Società “pubbliche” e fallimento*, Giur. comm., Juris Data, in www.giuffre.it, pp. 3 e ss..

⁹⁴ Legge fallimentare, art. 1, Regio Decreto 16 Marzo 1942, n. 267.

⁹⁵ Nozione già richiamata nel Capitolo 1, nota 4. I tre requisiti devono essere soddisfatti congiuntamente; Corte di Giustizia CE, 15 Gennaio 1998.

⁹⁶ Tribunale di Torino, App., decreto del 15 Febbraio 2010, in www.fallimento.it.

della concreta ricorrenza degli indici sostanziali sopra richiamati: ciò che occorre verificare è se, rispetto alla società in concreto considerata, sussistono interessi analoghi a quelli a protezione dei quali l'art. 1 l. fall. nega la fallibilità degli enti pubblici.

L'art. 1 l. fall., infatti, esclude gli enti pubblici dal perimetro dei soggetti fallibili in ragione dell'incompatibilità tra la procedura concorsuale, a tutela del ceto creditorio, e gli interessi e i bisogni pubblici che l'ente pubblico è chiamato a tutelare senza soluzione di continuità, che, invece, verrebbero pregiudicati proprio dalla paralisi dell'ordinaria attività dell'ente che deriverebbe dal fallimento; incompatibilità che aumenta in relazione agli enti locali, per i quali è inammissibile la sostituzione degli organi della procedura concorsuale a quelli politici di gestione.

Dunque, in relazione a tale metodo funzionale, la società in mano pubblica viene esclusa dalla procedura concorsuale, nonostante la forma privata, ogniqualvolta svolga un'attività necessaria, avente appunto carattere esclusivo esercitato nell'ambito territoriale di riferimento in totale assenza di concorrenza e non suscettibile di interruzione perché destinato a soddisfare bisogni primari della collettività, all'ente pubblico che la partecipa rispetto alle finalità pubbliche del medesimo⁹⁷; diversamente, la società pubblica è assoggettabile al fallimento, non essendo ipotizzabile alcuna lesione degli interessi pubblici.

Infatti, potrebbero applicarsi le disposizioni concorsuali alla società in mano pubblica che agisca in libero mercato, in presenza di imprese terze in grado di subentrare prontamente alla società fallita o in caso di servizio non più in atto; o a un ente sostanzialmente pubblico, ad esempio una società a capitale pubblico con limitazioni all'autonomia funzionale degli amministratori, o addirittura a un ente formalmente pubblico, rispetto al quale non si verifichi la lesione degli interessi tutelati dall'art. 1

⁹⁷Tribunale di La Spezia, decreto del 21 Marzo 2013: *“La sostituzione degli organi procedurali nella gestione della società equivarrebbe alla totale privazione di ogni sovranità dell'ente locale in merito alle scelte e agli indirizzi di tipo politico amministrativo, nonché all'attribuzione di una posizione di prevalenza degli interessi privati dei creditori, incompatibili con gli interessi della collettività alla corretta e regolare erogazione del servizio pubblico e quindi con i bisogni pubblici che l'ente socio è chiamato a tutelare e soddisfare senza soluzione di continuità”*; in www.ilcaso.it.

l. fall., e che quindi non svolga un'attività necessaria alla tutela delle finalità pubbliche⁹⁸.

Tuttavia, non mancano pronunce che fanno applicazione congiunta del criterio “tipologico” e di quello “funzionale”⁹⁹, facendo leva, al fine di motivare l'esclusione della società pubblica dalle procedure concorsuali, tanto sulla natura sostanzialmente pubblica della società quanto sull'interesse pubblico alla continuazione del servizio oggetto della società e la sua incompatibilità con la procedura concorsuale.

Tale approccio è fortemente contestato da altra giurisprudenza che rinviene un'inammissibile forzatura alla riserva di legge contenuta all'art. 4 della legge 20 Marzo 1975 n. 70¹⁰⁰, e mai sarebbe legittima l'assimilazione della società in mano pubblica a un ente pubblico, in difetto di una norma di legge che espressamente la affermi.

Pertanto, si è ritenuto che le società in mano pubblica, anche quando abbiano in gestione servizi pubblici essenziali ovvero forniscano beni o servizi esclusivamente agli enti pubblici soci esclusivi, ancorchè alimentate da risorse pubbliche e sottoposte a penetranti poteri di ingerenza e controllo di carattere pubblico, non possono considerarsi enti pubblici al fine della sottrazione alla procedura di fallimento e delle altre procedure concorsuali salvo che, appunto, sia la stessa legge a definirle espressamente come tali ovvero sussistano dati normativi in grado di fornire indicazioni tali da indurre a ritenere del tutto imprevedibile il contrario¹⁰¹.

⁹⁸Tribunale di Torino, App., decreto del 15 Febbraio 2010, in www.ilcaso.it.

⁹⁹Tribunale di Alessandria, decreto del 9 Luglio 2013; Tribunale di Catania, decreto del 26 Marzo 2010, in www.ilcaso.it; Tribunale di Napoli, decreto del 31 Ottobre 2012, in www.fallimento.it.

Secondo il Tribunale di Catania “è qualificabile quale ente pubblico non assoggettabile alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, ai sensi dell'art. 1, l. fall., la società per azioni esercente il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici dotata di poteri di imposizione e di riscossione tipicamente pubblicistici”.

¹⁰⁰Legge 20 Marzo 1975 n. 70, art. 4: “Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge”.

¹⁰¹Tribunale App. di Napoli, Sez. I, del 24 Aprile 2013, n. 57, in www.ilcaso.it.

La sentenza del suddetto Tribunale ha ad oggetto il reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento della EAV Bus S.r.l. in liquidazione. La corte dichiara l'insufficienza dei connotati pubblicistici di quest'ultima ai fini della sua esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione della disciplina del fallimento e, inoltre, a sostegno della sua tesi afferma che il servizio pubblico che il 14 Novembre 2012, al momento della pubblicazione della sentenza di fallimento, era ancora affidato

Allo stesso tempo, si è negato che le esigenze di carattere pratico susseguenti al fallimento dell'imprenditore che gestisca un servizio pubblico essenziale possano valorizzarsi al punto da escludere la fallibilità, limitandosi queste a imporre al titolare dell'interesse pubblico di prendere atto dell'insuccesso e di riassegnare il servizio a terzi, e al tribunale fallimentare di procedere alla liquidazione delle attività nel rispetto dei limiti stabiliti dalla legge al fine di assicurare provvisoriamente il servizio pubblico.

Tale posizione critica ha trovato il recentissimo avallo della Cassazione¹⁰², la quale ha escluso che a una società a capitale pubblico possa attribuirsi, in via interpretativa, natura sostanzialmente pubblica e le eventuali norme speciali non possono annullare le ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti, in base alla disciplina del codice civile. Allo stesso modo, sul piano della funzione o dello scopo della società, l'eventuale assenza, in concreto, di un'attività economica lucrativa non è sufficiente a escludere che la natura giuridica della partecipata resti quella propria di una società di capitali ciò perché il modello societario ha assunto negli anni connotati sempre più elastici. Neppure l'esercizio di un servizio necessario all'ente socio è determinante: sia perché l'ente conserva la proprietà dei beni funzionali al servizio¹⁰³, così da poterne affidare la gestione ad altro soggetto; sia perché gli inconvenienti connessi ai tempi necessari a tale passaggio possono essere evitati attraverso il ricorso all'esercizio provvisorio di cui all'art. 104 l. fall.¹⁰⁴. L'arresto della Cassazione, che

all'EAV Bus, sebbene questa avesse da qualche giorno deciso il suo scioglimento e la sua messa in stato di liquidazione, ha continuato, dopo la sentenza, ad essere svolto dalla società che dalla fallita è l'unica socia, cioè la EAV Holding S.r.l., cui è stata comodata l'azienda.

¹⁰²Cassazione, Sentenza del 27 Settembre 2013, n. 22209.

¹⁰³La dichiarazione di fallimento dovrebbe determinare il ritorno della relativa competenza all'ente territoriale di riferimento, che ne provvederà alla gestione in altra forma o con altra impresa.

A norma del secondo comma dell'art. 113 T.U.E.L. (D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267), inoltre, gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, mentre, a norma del comma 28 dell'art. 4 l. 138/2011, "ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati"; in Fiorani L. E. (2012), Società "pubbliche" e fallimento, Giur. comm., Juris Data, in www.giuffre.it, p. 16.

¹⁰⁴La nuova disciplina dell'art. 104 l. fall. stabilisce che il tribunale, all'atto della dichiarazione di fallimento, possa disporre l'esercizio provvisorio se dall'interruzione dell'attività possa derivare un danno grave, purché ciò non arrechi pregiudizio ai creditori: il danno grave, che giustifica l'esercizio provvisorio, non è solo quello che possa derivare al ceto creditizio, ma anche quello che possa essere arrecato all'ambiente sociale in cui l'impresa fallita opera. La disposizione permette di affermare la

peraltro non considera la specificità delle *società in house*, pur rischiando di sancire la sconfitta della teoria sostanzialistica, sia se fondata sul criterio tipologico che su quello funzionale, solo apparentemente pone fine alla questione.

Infatti, un ulteriore orientamento, inaugurato dal Tribunale di Palermo¹⁰⁵, perviene a disapplicare la disciplina concorsuale a una società in mano pubblica attraverso un procedimento ermeneutico rispettoso della riserva di legge rappresentata dall'art. 4 della legge 70/75, in quanto, pur fondato sulla concreta riconducibilità della società alle tipologie di esclusione previste dall'art. 1 l. fall., non fa leva sulla sua assimilazione a un ente pubblico, bensì sulla verificata impossibilità di ricondurla, alla luce dell'attività svolta in concreto, entro i confini dell'impresa commerciale.

non incompatibilità con una temporanea continuazione della gestione dell'esercizio pubblico e, inoltre, non sono gli organi della procedura concorsuale che si devono preoccupare di garantire la continuità del servizio, bensì l'ente pubblico titolare dello stesso, costituendo l'esercizio provvisorio solo uno strumento per non interrompere nell'immediato la gestione, interruzione che potrebbe essere evitata da una tempestiva attivazione dell'ente che provveda, prima della dichiarazione di fallimento, alla risoluzione del contratto e ad un nuovo affidamento; in Scarafoni S., *L'esclusione degli enti pubblici dalla soggezione al fallimento*, in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 325 e ss..

¹⁰⁵Tribunale di Palermo, decreto dell'8 Gennaio 2013, in www.osservatorio-oci.org; avallato anche dal Tribunale di Avezzano, decreto del 26 Luglio 2013, in www.ilcaso.it.

La sentenza del Tribunale di Palermo, Sezione IV Civile e Fallimentare, ha riguardato la società GESIP S.p.A. di Palermo, società di gestione di servizi pubblici locali, strumentali e a rilevanza economica, che aveva chiesto, in ragione della situazione contabile e finanziaria negativa venutasi a creare, di poter essere ammessa all'amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 2, D. lgs. n. 270/1999.

Con ricorso del 20/12/2012, la GESIP, in liquidazione, ha chiesto la dichiarazione del proprio fallimento, deducendo la qualità di imprenditore commerciale fallibile, nonché la sussistenza degli ulteriori requisiti, soggettivi ed oggettivi, di cui agli artt. 1 e 5 l. f.

La crisi della società è stata sostanzialmente determinata dal mancato adeguamento, da parte, del Comune di Palermo, delle tariffe corrisposte a fronte dei servizi effettivamente erogati, con conseguente fisiologico squilibrio della gestione caratteristica. Tale situazione ha indotto il socio unico, ente locale, ad autorizzare la presentazione di istanza di fallimento in proprio, avendo la situazione assunto le caratteristiche tipiche di un vero e proprio stato di insolvenza.

Tuttavia il Tribunale di Palermo ha ritenuto di escludere che l'attività svolta dalla società in mano pubblica sia configurabile quale attività commerciale, atteso che:

- essa non si svolge all'interno di un mercato concorrenziale;
- la società è stata istituita per soddisfare esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale;
- l'attività non è svolta a favore dei cittadini-utenti, ma a solo favore dell'ente locale proprietario.

La mancanza della natura di imprenditore commerciale della GESIP esclude, dunque, che la stessa possa rientrare tra i soggetti fallibili ai sensi dell'art. 1, co. 1, 1.f., rigettando la domanda proposta per la dichiarazione di fallimento.

Secondo tale orientamento, la forma giuridica privata non è dirimente, in quanto la natura di istituzione pubblica è comunque configurabile rispetto a una società di capitali che costituisca in concreto lo strumento per la gestione di un servizio pubblico e, quindi, faccia parte di una nozione allargata di pubblica amministrazione, il tutto in relazione a quanto previsto dalla Cassazione¹⁰⁶.

Inoltre, non è consentita l'equiparazione sostanziale della società in mano pubblica a un ente pubblico, salvo l'espressa previsione legislativa in tal senso.

Di conseguenza, l'esenzione dalle procedure concorsuali va fondata non su tale assimilazione bensì sulla impossibilità, eventuale, di includere la società tra gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, ai fini dell'art. 1 l. fall..

Quando alla società può essere disconosciuta la natura di imprenditore commerciale? Secondo una parte della giurisprudenza¹⁰⁷, mai: la scelta del modello organizzativo della società implica automaticamente la sua qualifica di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, quale che sia l'attività svolta, e ciò alla luce dell'art. 2195, comma 2, c.c., secondo cui: *“Le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano”*, cioè a tutte quelle soggette all'iscrizione nel registro delle imprese.

Tale soluzione non è condivisa da coloro¹⁰⁸ che fondano l'esenzione del fallimento della società in mano pubblica sulla verifica dell'assenza in concreto del requisito della commercialità; verifica considerata compatibile con l'art. 2195 c.c., che nel disporre l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale ai soggetti iscritti nell'apposito registro *“se non risulta diversamente”*, permette di escluderla nelle limitate ipotesi in cui l'attività economica svolta non consenta, né in astratto né in concreto, alla luce di prescrizioni di legge o di regolamento, il perseguimento di uno

¹⁰⁶Cassazione, Sez. Uni., 3 Maggio 2005, n. 9096.

¹⁰⁷Tribunale di Napoli, App. 27 Maggio 2013, n. 346, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁸Tribunale di Avezzano, decreto 26 Luglio 2013, Pres. Forgillo – Est. Elefante, in www.ilcaso.it; “Al di fuori delle ipotesi di società c.d. *“legali”* istituite, trasformate o comunque disciplinate da legge particolare (RAI, Cassa Depositi e Prestiti, Patrimonio dello Stato e simili), non esiste un *tertium genus* tra enti pubblici e persone giuridiche di diritto privato, presidiato da regole incerte di diritto pretorio, al più potendosi la disciplina pubblicistica sovrapporre, ai fini dell'azione di responsabilità nei confronti di amministratori degli enti partecipanti per danni riverberati negli enti partecipanti”.

scopo di lucro; l'indagine va condotta in relazione all'oggetto dell'attività stessa, alle sue concrete modalità di espletamento e al quadro normativo di riferimento.

Sotto il primo profilo, è necessario, ma non sufficiente che la società in mano pubblica gestisca un servizio pubblico o comunque di interesse generale: non è la natura pubblica del servizio esercitato a connotare quella del soggetto che esercita il servizio, ben potendo i servizi pubblici essenziali essere svolti da soggetti privati; pertanto, se il legislatore permette all'ente pubblico di perseguire le proprie finalità mediante società di diritto comune, accetta implicitamente il rischio del relativo fallimento.

A rilevare in modo decisivo è, invece, il secondo profilo: occorre verificare se la società esercita la propria attività in difetto delle manifestazioni tipiche del potere pubblico, ad esempio la facoltà di imporre tariffe o tasse, e, soprattutto, se opera al di fuori di un mercato concorrenziale, svolgendo la propria attività economica diretta non in favore di terzi, bensì verso i soci o il pubblico degli utenti o dei consumatori.

In presenza di tali elementi, l'attività esercitata non ha natura propriamente industriale o commerciale e, dunque, la società in mano pubblica non è soggetta alle procedure concorsuali¹⁰⁹.

I parametri considerati dalla dottrina sostanzialistica, assenza di concorrenza e di attività a favore di terzi, per affermare la sostanza pubblica di un ente societario vengono recuperati ai fini di appurare se la società considerata possa definirsi "imprenditore commerciale". Non manca chi nega che il carattere commerciale dell'impresa sia imprescindibilmente vincolato alla duplice condizione che essa operi in regime di concorrenza e non svolga attività a favore di terzi¹¹⁰. Si osserva, infatti, che il concetto di concorrenzialità si riferisce al regime di libera competizione tra le imprese e non alla commercialità delle medesime; e che vi sono società che pur

¹⁰⁹Tribunale di Velletri, decreto dell'8 Marzo 2010, in www.ilcaso.it.

Il Tribunale ha ritenuto assoggettabile alle procedure concorsuali una S.p.A. "a partecipazione totalitaria di capitale pubblico esercente la gestione del servizio locale di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani", affermando che "la società è inquadrabile nella sfera del diritto privato anche se utilizza risorse pubbliche per lo svolgimento della propria attività giacché la forma giuridica assunta non è contraddetta dalla disciplina statutaria".

¹¹⁰Tribunale di Napoli, App. del 27 Maggio 2013, in www.ilcaso.it.

svolgendo attività unicamente in favore delle partecipate, e non di terzi, sono comunque soggette al fallimento.

Tale posizione, dunque, pare trascurare la ricordata nozione comunitaria di “*organismo di diritto pubblico*”, che consente di affermare la preordinabilità della forma societaria allo specifico soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; nonché di identificare questi ultimi con quelli soddisfatti in modo diverso dall’offerta di beni e servizi sul mercato.

In tale ambito, ai fini della valutazione della ricorrenza del carattere industriale o commerciale del bisogno, si afferma il valore indiziario della circostanza che l’organismo eserciti la propria attività in regime di concorrenza; mentre, all’opposto, l’assenza di un mercato di beni e servizi induce ad escludere la ricorrenza del carattere in questione.

Allo stesso modo, la natura industriale o commerciale trova la sua conferma nell’assumere da parte dell’ente il rischio dell’attività svolta e dunque le perdite commesse; all’opposto, in presenza di una pubblica amministrazione che finanzia l’attività e interviene a ripianare le eventuali perdite, l’attività non ha carattere industriale o commerciale¹¹¹.

Secondo l’insegnamento della giurisprudenza comunitaria, dunque, l’operatività della società in un ambito estraneo al regime di concorrenza, in concomitanza con altri sintomi appena esaminati, vale a escluderne il carattere industriale o commerciale e dunque a sottrarla alle procedure concorsuali.

Quali sono, allora, le società in mano pubblica per le quali può astrattamente ipotizzarsi l’esonero dalle procedure concorsuali perché estranee al perimetro degli imprenditori commerciali?

L’identikit pare attagliarsi alle c.d. “*società strumentali agli enti locali*”: “*strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla p.a. e non al pubblico*”¹¹², di natura strumentale agli enti locali, ossia beni e servizi erogati a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l’ente di

¹¹¹Corte di Giustizia CE, 22 Maggio 2003.

¹¹²TAR Veneto, 31 Marzo 2008, n. 788; TAR Lazio, 5 Giugno 2007, n. 5192; TAR Lombardia, 27 Dicembre 2007, n. 1373.

riferimento e attraverso le quali l'ente stesso provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali; società che, in relazione all'art. 13 del Decreto legge n. 223/2006, c.d. "*Decreto Bersani*", sono dotate di capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali e che possono operare unicamente a favore degli enti soci, senza che sia consentito loro di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Occorrerà verificare, in concreto, che la società rispetti il divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dagli enti pubblici e che un'attività imprenditoriale vera e propria non sia stata svolta in via di fatto, anche in passato, nei confronti dei terzi.

Ma l'estraneità alle procedure concorsuali opera, più in generale, per tutte le società *in house* e quindi anche quelle che gestiscono servizi pubblici locali mediante affidamento diretto da parte dell'ente pubblico che le partecipa: anche in tal caso sarà imprescindibile verificare l'effettiva sussistenza delle caratteristiche che contraddistinguono tali società e che ho affrontato nel precedente capitolo.

Inoltre, la società che presenti in astratto i requisiti per essere qualificata *in house*, deve superare il vaglio concreto circa l'estraneità a qualsivoglia profilo di imprenditorialità; la gestione in concreto di un servizio *in house*, invece, non vale di per sé a escludere la fallibilità della società se questa in concreto svolge ulteriori attività imprenditoriali ovvero se, pur non svolgendole, la possibilità del relativo svolgimento è consentita dall'estensione dell'oggetto sociale previsto dallo statuto¹¹³. Che le società *in house* non possano fallire lo si potrebbe dedurre anche da un altro recentissimo intervento della Cassazione che, nel riconoscere la giurisdizione della Corte dei Conti 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*, ha ribadito che tali società non costituiscono un'entità al di fuori dell'ente pubblico, il

¹¹³Tribunale di Palermo, decreto dell'11 Febbraio 2010, in www.osservatorio-oci.org.

Il Tribunale ha dichiarato lo stato d'insolvenza di una S.p.A. costituita dal Comune di Palermo, unico azionista, a seguito della trasformazione della Azienda Municipalizzata Igiene Ambientale, avente ad oggetto attività di igiene ambientale. Il Tribunale ha ritenuto infondata la tesi della società, che sosteneva la sua "natura sostanziale di ente pubblico". I giudici siciliani hanno affermato che gli indici sintomatici evocati dalla parte non permettevano di superare il dato formale della personalità giuridica di diritto privato.

quale ne dispone come una propria articolazione interna, di modo che “*la distinzione tra socio, pubblico, e società in house non si realizza più in termini di alterità soggettiva*”¹¹⁴.

2.2.1 Segue: l’assoggettamento delle società in mano pubblica al concordato preventivo

Le problematiche dell’assoggettamento alle procedure concorsuali delle società in mano pubblica si ripresentano anche in riferimento al concordato preventivo, di cui mi occuperò nel capitolo successivo. Proprio in relazione a questa procedura, peraltro, secondo alcuni autori¹¹⁵, si apprezzano con maggiore chiarezza i differenti esiti applicativi su cui possono giungere il metodo “*tipologico*” ed il metodo “*funzionale*”.

Ritenendo che la definizione della disciplina applicabile derivi unicamente dalla corretta identificazione della natura giuridica del soggetto debitore, o della qualità di imprenditore commerciale o meno della società in mano pubblica, l’affermazione della natura sostanzialmente pubblica del soggetto porta come suo inevitabile corollario l’esclusione dello stesso non solo dal perimetro delle imprese fallibili, ma anche da quello delle imprese assoggettabili al concordato preventivo. L’art. 1, comma 1, l. fall., nel prevedere che “*sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*”, esonera gli “enti pubblici” tanto dal fallimento, quanto dal concordato preventivo, senza la possibilità di operare alcuna distinzione tra le due procedure in punto di presupposto soggettivo.

¹¹⁴Cassazione, Sentenza del 25 Novembre 2013, n. 26283; in Imparato L. (2014), *L’esenzione dal fallimento delle società in house*, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹¹⁵D’Attore G. (2014), *Società pubbliche. La fallibilità delle società in mano pubblica*; il Fallimento 5/2014, pp. 503 e ss..

La conclusione diventa, invece, più sfumata laddove si adotti il metodo “*funzionale*”, che lega l’esonero dalla procedura concorsuale ad una verifica dell’effettiva lesione che l’interesse pubblico subisce per effetto della procedura.

L’incompatibilità funzionale tra la procedura fallimentare e la tutela degli interessi pubblici è conseguenza dell’interruzione dell’attività d’impresa che normalmente consegue alla dichiarazione di fallimento (art. 42 l. fall.), nonché dell’attribuzione all’autorità giudiziaria del potere di decidere in ordine all’eventuale prosecuzione dell’attività d’impresa da parte della società (art. 104 l. fall.) e in ordine al possibile affidamento a terzi, attraverso lo strumento dell’affitto di azienda, della stessa gestione del servizio pubblico essenziale (art. 104 bis l. fall.).

Il concordato preventivo non determina necessariamente queste due conseguenze: l’apertura della procedura non impone l’interruzione dell’attività, né lo spossessamento del debitore (arg. ex art. 167 l. fall.), né attribuisce al tribunale un autonomo potere di scelta della destinazione del complesso aziendale; tutti questi profili sono disciplinati dal piano ex art. 161, comma 2, lett. e, l. fall., redatto dallo stesso debitore, limitandosi il ruolo del tribunale al profilo del controllo.

Con particolare riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale, ex art. 186 bis l. fall., analizzato in dettaglio nel capitolo successivo, l’ammissione alla procedura non determina, come vedremo, l’interruzione nello svolgimento del servizio pubblico, che viene anzi agevolato dal divieto di azioni esecutive individuali, dalla possibilità di una definizione concordataria della pregressa esposizione debitoria e dalla espressa previsione della continuazione, a determinati requisiti, dei contratti pubblici. L’interesse pubblico alla continuità della gestione del servizio essenziale non è pregiudicato, ma, al contrario, meglio tutelato dall’ammissione al concordato, così che non vi è ragione per escludere le società in mano pubblica da questa procedura.

Ma, a ben vedere, anche il concordato preventivo meramente liquidatorio non sembra porre insuperabili problemi di incompatibilità con la tutela dell’interesse pubblico. Vero è che il concordato “liquidatorio” non prevede la prosecuzione dell’attività d’impresa, ma la scelta è assunta dalla stessa società in sede di piano di concordato,

senza essere imposta dal Tribunale con la sentenza di fallimento. A ciò si aggiunga che la legittimazione alla presentazione della domanda di concordato è attribuita unicamente al debitore, al quale spetta in via esclusiva la scelta di fare ricorso alla procedura concordataria. Si è in presenza, quindi, di una fattispecie sotto alcuni profili assimilabile a quella dello scioglimento anticipato per deliberazione dell'assemblea (art. 2484, comma 1, n. 6, c.c.) e senza autorizzazione all'esercizio provvisorio (art. 2487, comma 1, lett. c, c.c.): in ambedue i casi, l'interruzione dell'attività d'impresa è conseguenza di una scelta "volontaria" della società (presumibilmente condivisa dall'ente pubblico che esercita l'attività di direzione e coordinamento).

Si dovrebbe conseguentemente riconoscere la possibilità per le società in mano pubblica di fare ricorso anche allo strumento del concordato preventivo. Non può tacersi, comunque, che la soluzione proposta si presenti problematica, perché il contrasto, con il tenore letterale dell'art. 1, comma 1, l. fall, che identifica le procedure di fallimento e di concordato preventivo sotto il profilo del presupposto soggettivo, è significativo. D'altra parte, l'affermazione che le società in mano pubblica "necessarie", pur esenti da fallimento, possano essere ammesse alla procedura di concordato preventivo accentua un profilo di "privilegio" in favore delle stesse.

Capitolo terzo

IL CONCORDATO PREVENTIVO: soluzione giudiziale alla crisi d'impresa.

3.1 IL CONCORDATO PREVENTIVO: introduzione

L'istituto del concordato preventivo trae le sue origini dall'istituto della moratoria introdotto con il Codice di Commercio italiano del 1882, disciplinato dagli artt. 819, 829; tale istituto aveva la funzione di prevenire il fallimento mediante un accordo stragiudiziale, oppure, successivamente alla dichiarazione di fallimento, l'effetto di concludere la procedura con un concordato amichevole.

Il concordato preventivo vero e proprio, invece, fu introdotto dalla legge 24 Maggio 1903, la quale, oltre ad introdurre la nuova procedura concorsuale, aboliva l'istituto della moratoria.

Attualmente l'istituto è regolamentato dal R.D. 16 Marzo 1942 n. 267, noto come legge fallimentare, che ha introdotto notevoli modifiche rispetto alla legislazione precedente, gettando le basi strutturali dell'attuale concordato preventivo: l'istituto viene definito "beneficio" per gli effetti favorevoli assicurati all'imprenditore.

Tuttavia, le ultime modifiche relative a codesta disciplina sono state apportate in epoca recentissima: il riferimento è innanzitutto alla riforma apportata dal D. l. 14 Marzo 2005 n. 35, poi al c.d. "*decreto correttivo*" apportato nel 2007 con il D. leg. 12.09.2007 n. 169, e, infine, alla legge 7 Agosto 2012 n. 134, che ha convertito il D. l. 22 Giugno 2012 n. 83, c.d. "*decreto crescita*", di cui mi occuperò nel dettaglio nel successivo paragrafo.

Con quest'ultimo decreto, in particolare, viene previsto, a seguito degli interventi riformatori indirizzati verso la preferenza per la prosecuzione dell'attività d'impresa,

un “*concordato con continuità aziendale*”, disciplinato dall’art. 186-bis, introdotto dall’art. 33¹¹⁶, che si va ad affiancare al concordato per *cessio bonorum* disciplinato dall’art. 182 l. fall., che rappresenta sicuramente una delle più rilevanti innovazioni apportate dalla riforma del 2012 riguardanti la procedura di concordato.

Ne è venuto fuori uno strumento profondamente rivisitato¹¹⁷, sia dal punto di vista concettuale, che procedurale, premiando l’aspetto negoziale, ma senza delimitare il ruolo dell’autorità giudiziaria all’interno del procedimento, in un’ottica di privatizzazione della gestione delle crisi d’impresa¹¹⁸.

Con la riforma si è voluto aumentare l’accesso alle procedure concorsuali diverse dal fallimento, rendendone più agevole il ricorso, che si configura oggi come un accordo tra imprenditore e creditori nell’ambito di un procedimento di natura giudiziale. A tal scopo vengono eliminati una serie di barriere all’ammissione alla procedura di concordato, come il possesso dei requisiti di meritevolezza, il pagamento integrale dei creditori privilegiati e la percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari.

La previsione di un sistema più flessibile risponde ad una triplice esigenza¹¹⁹:

- l’interesse dell’imprenditore a mantenere in vita la propria attività imprenditoriale e a mettersi al riparo dalle azioni esecutive da parte dei creditori;
- l’interesse dei creditori a vedere soddisfatte in tempi brevi le proprie ragioni creditorie;

¹¹⁶Art. 33, “Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale”, contenuto nel capo III “Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali”.

¹¹⁷Di Pace M. (2012), *Il concordato preventivo: un’ulteriore soluzione alla crisi*, Rivista PMI, pp. 33 e ss.; Canale G. (2011), *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, Rivista Giurisprudenza commerciale, pp. 358 e ss..

¹¹⁸Si è venuta a creare l’annosa questione avente ad oggetto la natura pubblicistica o pattizia del nuovo concordato preventivo. Penta A., giudice del Tribunale di Torre Annunziata, sostiene che nella fase di ammissione, che inizia con il deposito del ricorso e si conclude con il decreto di ammissione o di inammissibilità, alla quale restano completamente estranei i creditori, essendovi coinvolti solo il debitore-ricorrente, il tribunale ed il pubblico ministero, viene svolta esclusivamente un’attività giurisdizionale di controllo della ricorrenza dei presupposti di ammissibilità e, quindi, non può ancora assumere rilevanza l’esigenza di garantire la formazione di un consenso non viziato. Solo dopo l’eventuale ammissione alla procedura il piano assume, pertanto, la natura di proposta negoziale da sottoporre all’approvazione dei creditori; in Penta A. (2012), *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, p. 677.

¹¹⁹Lamperti M. (2007), *Il nuovo concordato preventivo quale strumento versatile per evitare il fallimento*, Rivista PMI, p. 52.

-
- l'interesse pubblico al proseguimento delle attività imprenditoriali in vista di una spinta propulsiva del sistema economico e all'alleggerimento dei tribunali dalle numerose e lunghe procedure concorsuali.

È mutato, inoltre, il presupposto oggettivo della procedura: dallo stato d'insolvenza si passa allo stato di crisi¹²⁰, con la previsione del quale si rende il concordato

¹²⁰Con il termine “*insolvenza*” si intende lo stato d'incapacità finanziaria in cui versa il debitore commerciale secondo la descrizione dell'art. 5 l. fall. Quale stato riferito ad un soggetto, l'insolvenza deve tenersi separata dalla fenomenologia della crisi.

Il termine “*crisi*” è, infatti, riferito non al soggetto dell'attività ma all'attività stessa, per denotare un particolare modo di essere corrispondente a un malfunzionamento che viene a verificarsi durante lo svolgimento dell'attività.

Tuttavia, sembra potersi escludere che il secondo comma dell'art. 160 l. fall. abbia voluto equiparare il concetto di crisi all'insolvenza, e ciò, sia perché la norma limita l'ambito di rilevanza giuridica dell'equiparazione, escludendone un'estensione a tutto tondo, sia per ragioni sistemiche e funzionali, che portano a distinguere i due concetti, l'una essendo ormai esattamente definita nei presupposti costitutivi (Cass. 27 Aprile 199, n. 4277 che definisce l'insolvenza “*come condizione di impotenza economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito accordati per lo svolgimento della sua attività*”), mentre il concetto di crisi resta multiforme e sfuggente, prestandosi ad accezioni varie.

L'espressione usata dal legislatore è estremamente generica e, pertanto, occorre individuare il livello minimo di situazione di crisi che legittima il ricorso alla procedura, tenuto conto delle problematiche relative al concetto stesso, stante la necessità di evitare abusi di chi si dichiara in crisi per approfittare degli effetti e dei vantaggi offerti da questa procedura: tale rischio potrebbe essere risolto ammettendo che anche la crisi, così come l'insolvenza, debba risultare comprovata da segni esteriori.

I sintomi dello stato di crisi sono desumibili, di regola, dal bilancio di esercizio o da un bilancio straordinario infrannuale e sono costituiti da tre tipologie di squilibrio: finanziario (disequilibrio di tesoreria o margine di tesoreria negativo), patrimoniale (eccedenza del passivo sull'attivo), economico (i costi superano i ricavi; incapacità dell'azienda di creare valore).

Lo stato d'insolvenza del soggetto consuma la sua forza concettuale nell'ambito tematico dell'obbligazione, sia pure prendendo in considerazione non il singolo rapporto obbligatorio ma la totalità dei rapporti facenti capo ad un determinato soggetto debitore.

Accanto alla sussistenza di inadempimenti e di altri fattori sintomatici dell'impossibilità di far fronte alle obbligazioni passive, l'art. 5 l. fall. richiede l'esteriorizzazione di questo stato e la sua tendenziale irreversibilità.

Considerato che l'insolvenza è lo stato patologico più grave in cui può venirsi a trovare un'impresa, deve desumersi che il legislatore ha inteso offrire all'imprenditore l'accesso ad una procedura concorsuale per ipotesi di malesseri aziendali anche meno gravi dell'insolvenza in un'ottica risanatoria di prevenzione, che mira a superare il rischio di insolvenza, ferma la possibilità di ricorso all'istituto anche nella sussistenza della maggiore patologia, soprattutto con funzione liquidatoria; in Di Marzio F., *Insolvenza dell'imprenditore e crisi dell'impresa*, in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 378 e ss.; Carosi A., in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 578 e ss.; Racugno G. (2009), *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, Rivista Giurisprudenza commerciale, pp. 896 e ss.; Azzarro A. M. (2007), *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, Rivista Il fallimento e le altre procedure concorsuali, p. 742; Pica L. (2007), *Il concordato preventivo: da misura premiale a strumento per la*

preventivo strumento idoneo a gestire la crisi di un'azienda ancora in grado di funzionare e, quindi, in condizione di non arrivare al fallimento, ma bensì di provare a reinserirsi sul mercato.

L'unico legittimato a proporre il concordato preventivo è l'imprenditore commerciale non piccolo, "*sfortunato ma onesto*", che possiede gli stessi presupposti soggettivi previsti per l'ammissione al fallimento (art. 1 l. fall.).

Sempre in relazione ai presupposti oggettivi, l'imprenditore deve proporre ai creditori un *piano di risanamento*¹²¹ (art.160 l. fall.) della propria esposizione debitoria, che preveda alternativamente:

- la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione ai creditori di azioni, quote, obbligazioni o altri strumenti finanziari, titoli di debito;
- l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore: possono costituirsi assuntori i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura.

Infine, nel piano di risanamento il debitore può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, e, trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse: tale previsione attenua in qualche modo il principio della *par condicio creditorum*. È possibile, inoltre, che la proposta prevede il soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati¹²².

salvaguardia dell'azienda?, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, pp. 355 e ss.; Di Pace M. (2012), *Crisi d'impresa e soluzioni manageriali, extragiudiziali, giudiziali e concorsuali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, pp.17 e ss..

¹²¹La proposta di concordato deve essere presentata con ricorso, da depositare presso il tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede, e può avere il contenuto più vario, secondo la "fantasia sfrenata" del proponente; non a caso l'art. 160 non fa riferimento a ciò che la proposta deve contenere, ma ciò che la proposta può prevedere; in Nisivoccia N. (2014), *Il concordato preventivo, con particolare riferimento all'ipotesi di continuità aziendale*, Rivista Bilancio, vigilanza e controlli, p. 47.

¹²²I creditori privilegiati, in occasione dei vari interventi riformatori, hanno visto progressivamente scalfire la loro originaria posizione che sembrava intangibile. Infatti, laddove in passato era prevista la

3.2 IL CONCORDATO PREVENTIVO IN SEGUITO ALLE MODIFICHE LEGISLATIVE DEL 2012

Le nuove disposizioni introdotte dal D. l. n. 83/2012, “*decreto crescita*”, convertito con modifiche dalla legge n. 134/2012, in materia di procedure concorsuali hanno l’obiettivo di rendere più allettante quegli strumenti di composizione delle crisi d’impresa, alternativi al fallimento.

Lo sforzo di revisione compiuto dal legislatore è apprezzabile sotto molti punti di vista e, in relazione all’istituto in commento, sono stati modificati gli artt. 161, 168, 178, 179, 180 e 184 della legge fallimentare e sono stati introdotti ex novo l’art. 169-bis, in tema di contratti in corso di esecuzione, e l’art. 186-bis, in tema di concordato con continuità aziendale, come menzionato in precedenza¹²³.

La prima novità degna di attenzione riguarda la documentazione a corredo della domanda ed in particolare il c.d. *piano*. A norma dell’art. 161, comma 2°, lettera e, così come novellato, dovrà essere depositato dal debitore, unitamente alla domanda di concordato preventivo, “*un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta concordataria*”. Il piano viene dunque ad essere distinto dalla domanda di concordato e deve avere un contenuto minimo e costituisce “*il programma di adempimento della proposta*”. Va accolta con favore tale novità, che risolve in senso positivo l’incertezza esistente in passato sulla previsione o meno dei tempi di attuazione della proposta ai fini dell’ammissione della domanda, giacchè, i tempi e i modi dovranno essere obbligatoriamente

loro soddisfazione integrale ed immediata, già l’art. 160, sulla falsariga di quanto anticipato nel concordato fallimentare, ha previsto, almeno per i creditori privilegiati speciali, la possibilità di una loro soddisfazione non integrale, solo a patto di prevederne il soddisfacimento in misura almeno pari a quella realizzabile sul ricavato dei beni oggetto di garanzia in caso di liquidazione e, per la parte non soddisfatta, i creditori devono partecipare al voto; in Penta A. (2012), *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, p. 681.

¹²³Ravazzin C. (2012), *Concordato preventivo più snello per la tempestiva risoluzione della crisi d’impresa*, Rivista Corriere tributario, pp. 2631 e ss.; Pellegatta A. (2013), *La gestione delle crisi d’impresa e il ricorso al concordato preventivo*, Rivista Bancaria, pp. 85 e ss.; Marinucci E. (2013), *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, Rivista Diritto Processuale, pp. 426 e ss.; Terranova G. (2013), *Le nuove forme di concordato*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 3 e ss..

contenuti nel piano, pena l'inammissibilità della domanda. Inoltre, l'aver stabilito normativamente che il piano contenga i tempi di attuazione della proposta determina una maggiore affidabilità della stessa che, in tal modo, potrà avere maggiori chances di ottenere il voto favorevole della maggioranza dei creditori, i quali, avendo un quadro informativo più attendibile, potranno valutare più positivamente la proposta. Il decreto ha introdotto, inoltre, due novità nel comma 3° dell'art. 161, relative alla relazione del professionista, che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Si prevede che l'attestatore venga *“designato dal debitore”* e che un'ulteriore relazione sia *“presentata nel caso di modifiche sostanziali al piano o della proposta”*, affinché i creditori possano esprimere il proprio voto *“in maniera consapevole”*.

Con il nuovo comma 5° dell'art. 161 l. fall. è stata prevista, inoltre, una forma particolare di pubblicità del ricorso per l'ammissione al concordato, ossia quella che prevede la pubblicazione, curata dal cancelliere del Tribunale, della domanda nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria: la domanda soggiace al medesimo regime di pubblicità riservato alla sentenza dichiarativa di fallimento, al decreto di ammissione al concordato, ad decreto di omologa, all'accordo di ristrutturazione e, inoltre, permette a tutti coloro che accedono alle banche dati pubbliche di essere immediatamente a conoscenza dell'avvio della procedura. Con tale pubblicazione viene perseguito dal legislatore, tra gli altri, l'intento di risolvere l'attuale difetto tra l'art. 168 e l'art. 184 l. fall. in ordine all'estensione soggettiva degli effetti del concordato: *“il contrasto è risolto prevedendo al comma 5° dell'art. 161 la pubblicazione obbligatoria e ex officio della domanda, ivi compresa quella anticipata, e individuando nel momento della suddetta pubblicazione il confina tra creditori concorsuali e non”*¹²⁴.

Inoltre, considerato che dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda opera per i creditori, ai sensi del novellato art. 168 l. fall., il divieto di inizio e prosecuzione di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione, la norma consente di ottenere con la

¹²⁴Relazione illustrativa del D. l 83/2012.

semplice pubblicazione un ombrello protettivo (c.d. *automatic stay*) contro le iniziative di eventuali creditori aggressivi, permettendo all'imprenditore di poter disporre di un tempo maggiore per predisporre con maggiore accuratezza il piano e le conseguenti offerte ai creditori.

A rafforzamento del principio del c.d. *automatic stay*, il nuovo comma 3° dell'art. 168 l. fall. prevede l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori delle iscrizioni ipotecarie giudiziali avvenute nei 90 giorni antecedenti alla data di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda. Tale novità rende la procedura di concordato di estrema attrazione per gli imprenditori in crisi, fornendo uno strumento di tutela del patrimonio addirittura maggiore rispetto al fallimento: l'imprenditore cerca di velocizzare la presentazione della domanda in modo da evitare che l'ipoteca iscritta possa divenire opponibile in caso di successivo concordato.

La novità più vistosa introdotta dal "*decreto sviluppo*" in relazione alla domanda di concordato preventivo riguarda senza dubbio la facoltà per il debitore di formulare una domanda "*in bianco*", ai sensi del comma 6° dell'art 161 l. fall., sul modello del "*Chapter 11 del Bankruptcy code*" americano, corredata dagli ultimi tre bilanci della società, senza la necessità di produrre, contestualmente alla stessa, la proposta, il piano e l'ulteriore documentazione richiesta dal comma 2° e 3° dell'art. 161, e si prevede che dalla data di pubblicazione della stessa nel registro delle imprese decorrono tutti gli effetti di cui all'art. 168 l. fall..

Al momento del deposito del ricorso è il giudice che assegna al debitore un termine, compreso tra 60 e 120 giorni, eventualmente prorogabili per altri 60, per integrare il ricorso. Il questo modo si consente al debitore di beneficiare degli effetti protettivi del proprio patrimonio connessi al deposito della domanda di concordato e si impedisce che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione di crisi fino a generare un vero e proprio stato di insolvenza. Gli effetti protettivi del patrimonio sono mantenuti anche qualora il debitore abbandoni la strada concordataria per procedere al deposito di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Qualora, invece, nel termine assegnato dal giudice il debitore non depositi la documentazione prevista dal comma 2° dell'art.

161, si applica l'art. 162 in tema di inammissibilità della proposta, con conseguente possibile apertura della procedura fallimentare.

La presentazione differita dei documenti a supporto della domanda dovrebbe, inoltre, permettere all'imprenditore ed ai professionisti che l'assistono di poter elaborare una proposta e un piano più veritiero, senza l'assillo dei tempi estremamente limitati. D'altro canto, c'è il rischio che l'anticipazione alla data della domanda di concordato degli effetti a tutela del patrimonio ed il differimento della presentazione della proposta e del piano possano costituire leve negoziali molto potenti a favore dell'imprenditore, che potrebbe utilizzarle in maniera strumentale con i creditori con l'unico obiettivo di riuscire a "spuntare" condizioni transattive migliori, paventando il rischio di fallimento che deriverebbe dalla mancata documentazione a corredo della domanda.

Il Tribunale di Milano¹²⁵, nel corso di un plenum tenuto il 20 Settembre 2012, ha sottolineato l'importanza assunta dal Tribunale nella fase iniziale della procedura, laddove si debba verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi che consentono l'accesso alla procedura.

Pertanto, si dovranno analizzare attentamente i bilanci d'esercizio e, qualora la società non abbia ancora predisposto il bilancio relativo all'esercizio precedente, nell'ipotesi di deposito della domanda di pre-concordato, è opportuno richiedere una situazione economico-patrimoniale aggiornata addirittura a data antecedente di non oltre un mese la presentazione della domanda di pre-concordato. Viene, inoltre, rimarcata la criticità di tale valutazione preliminare, posto che da questa deriva il giudizio di ammissibilità delle domande di pre-concordato ed il conseguente avvio della procedura.

Con il nuovo art. 169-bis l. fall. si introduce, invece, una disciplina nel sistema del concordato preventivo relativa ai contratti in corso di esecuzione¹²⁶.

¹²⁵Tribunale di Milano, 20 Settembre 2012, in Rossi A. (2013), *Concordato in continuità: nuovi approcci interpretativi*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio, p. 25.

¹²⁶Ricciuto V. (2013), *Sulla sorte dei contratti nel concordato in continuità*, Rivista di Diritto dell'impresa, pp. 213 e ss..

L'articolo in esame prevede che il debitore, nel ricorso con cui presenta la domanda di ammissione a concordato preventivo, possa chiedere che il Tribunale, oppure dopo il decreto di ammissione il giudice delegato, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso qualora ciò faciliti la risoluzione della crisi, prevedendo un indennizzo per il terzo contraente pari al risarcimento del danno da inadempimento che sarà incluso nello stato passivo anteriore alla richiesta.

Volendo interpretare l'art. 169-bis, si deve ritenere possibile sospendere i contratti in corso di esecuzione non solo per le procedure di cui all'art. 161 l. fall., ma anche ai pre-concordati, visto che anch'essi si presentano con ricorso. Tale interpretazione è stata accolta da differenti Tribunali¹²⁷, i quali hanno espressamente previsto la possibilità di sospendere i contratti in corso anche in caso di concordato in bianco, purchè la richiesta sia accompagnata da una relazione in cui venga indicato il tipo di concordato proposto al fine di permettere al Tribunale di meglio valutare la sussistenza dei presupposti necessari per l'eventuale scioglimento o sospensione dei contratti.

In merito a tali interpretazioni, nel plenum del Tribunale di Milano¹²⁸, i giudici hanno, invece, ritenuto che non sia possibile autorizzare lo scioglimento dei contratti pendenti in una fase anteriore alla presentazione del piano definitivo in quanto tale scelta, presa senza elementi oggettivi a supporto, potrebbe arrecare dei danni di natura patrimoniale ai terzi contraenti. Gli stessi giudici hanno dichiarato nel corso del plenum, inoltre, che in presenza di domande di scioglimento dei contratti, sia necessario un contraddittorio con le parti contrattuali per dar modo a quest'ultime di esprimere le proprie considerazioni in relazione alla possibile quantificazione dell'equo indennizzo conseguente al mancato inadempimento. In merito, invece, al diritto all'indennizzo, si reputa che esso, avendo natura concorsuale, debba essere contemplato nel piano e nella proposta al pari di ogni altro credito.

¹²⁷Tribunale di Monza, decreto del 16 Gennaio 2013; Tribunale di Ravenna, decreto del 24 Dicembre 2012; Tribunale di Verona, decreto del 31 Ottobre 2012; Tribunale di Biella, decreto del 13 Novembre 2012; in www.ilcaso.it.

¹²⁸Tribunale di Milano, 18 Ottobre 2012, in Rossi A. (2013), *Concordato in continuità*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio, pp. 9 e ss..

In fase di conversione in legge del “*decreto crescita*” sono state introdotte alcune modifiche all’art. 178, comma 4° (il sistema di voto del concordato preventivo viene allineato a quello del concordato fallimentare: i creditori che non hanno esercitato il loro voto e non fanno pervenire il loro dissenso sono considerati consenzienti e computati nella maggioranza dei crediti), all’art. 179, ultimo comma (il commissario giudiziario quando rileva, dopo l’approvazione del concordato ma prima dell’omologazione dello stesso, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, deve darne comunicazione ai creditori) e all’art. 180, comma 4° (nei concordati senza classi la convenienza della proposta viene valutata dal Tribunale, nel giudizio di omologazione, solo nel caso in cui l’opposizione sia stata presentata da una minoranza qualificata costituita da creditori che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi al voto).

3.2.1 Segue: il concordato preventivo con continuità aziendale

L’istituto del “*concordato in continuità*” trova l’ispirazione di fondo nella volontà del legislatore di favorire ed incentivare soluzioni negoziate della crisi in grado di lasciare in vita l’impresa, o comunque salvaguardare i valori aziendali funzionanti o funzionali ad altra impresa, favorendo la prosecuzione dell’attività economica.

Il Decreto legge del 22 Giugno 2012 ha introdotto, con l’art. 33, comma 1°, lett. h, l’art. 186-bis: una speciale disciplina per l’istituto del “*concordato in continuità*” che si configura quando il piano concordatario “*prevede la prosecuzione dell’attività d’impresa da parte del debitore, la cessione dell’azienda in esercizio*” o il conferimento della stessa “*in una o più società, anche di nuova costituzione*”; alla

prosecuzione o cessione dell'azienda può accompagnarsi *“la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa”* (art. 186-bis, comma 1°, l. fall.)¹²⁹.

L'espressione atecnica utilizzata *“continuità aziendale”* serve proprio per contemplare le diverse ipotesi di risanamento, ristrutturazione e liquidazione riallocativa a guisa di quanto accade nell'amministrazione straordinaria per effetto dei diversi indirizzi previsti dal programma del Commissario straordinario.

La continuità aziendale va perseguita solo per evitare che il complessivo valore del patrimonio del debitore possa ridursi per effetto dell'interruzione dell'attività d'impresa, il tutto rafforzato, come vedremo, dal contenuto dell'art. 186-bis comma 2° lett. b, a differenza che nell'amministrazione straordinaria ove la continuità aziendale è un valore in sé, anche contro l'interesse dei creditori¹³⁰.

Tuttavia, la possibilità per il debitore che ricorre al concordato di proseguire l'attività aziendale di per sé non è una novità, anche se nella pratica è stata di gran lunga preferita l'alternativa liquidatoria e i casi in cui l'azienda è conservata sono quelli in cui viene ceduta. La continuazione dell'attività, infatti, era e sarebbe possibile e lecita anche a prescindere dalla norma che ora la prevede espressamente, sia perché come abbiamo visto nel paragrafo precedente, il contenuto del piano può essere il più vario, sia perché l'ammissione alla procedura non è in sé e per sé causa di cessazione dell'attività, sia perché l'art. 167 l. fall. prevedeva già che *“durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale”*.

La nuova norma non ha introdotto nel sistema una possibilità che prima non esisteva e, dunque, parlare del concordato in continuità come se si trattasse di un concordato avente caratteristiche sue proprie sarebbe un errore sostanziale e metodologico: vero è che l'art. 186-bis ha dettato alcune regole destinate *ad hoc* al concordato che

¹²⁹Argenzio R. (2013), *Il concordato preventivo in continuità aziendale*, Rivista Bilancio e reddito d'impresa, p. 54; Lamanna F. (2012), *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo” in vigore dal 12 agosto 2012*, Giuffrè Editore, Milano, pp. 57 e ss..

¹³⁰Fimmanò F. (2014), *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, pp. 216 e ss..

prevede la continuazione dell'attività¹³¹, dando specifica evidenza ai piani incentrati sul risanamento o ristrutturazione aziendale¹³², prevedendo per questi casi specifici benefici e agevolazioni, rispetto ai concordati incentrati sulla liquidazione.

La nuova definizione normativa del concordato in continuità, contemplando anche la cessione dell'azienda, comprende tanto il risanamento diretto, operato dallo stesso debitore, quanto quello indiretto, operato da un terzo cessionario: la continuità aziendale può, dunque, essere soggettiva, quando permane in capo al titolare, oppure oggettiva, quando si limita all'azienda ceduta¹³³.

È probabile che la seconda tipologia possa avere maggiore successo, potendosi ragionevolmente prevedere maggiore remore da parte dei creditori ad approvare sacrifici nei loro diritti per consentire la prosecuzione dell'attività allo stesso debitore.

Una soluzione intermedia potrebbe essere l'ingresso di terzi, gli stessi creditori, nella società per la gestione dell'azienda, così da consentire una pur limitata partecipazione alla vecchia proprietà e, al tempo stesso, l'acquisizione di risorse utili a soddisfare i creditori senza doversi basare esclusivamente sul risanamento aziendale.

Il trasferimento dell'azienda può avvenire anche prima dell'omologa del concordato, e in questo caso è prevista una deroga all'art. 2560 c.c., comma 2°, in tema di responsabilità dell'acquirente per i debiti.

L'azienda può essere anche oggetto di affitto, magari a carattere provvisorio: al termine di un determinato periodo di prova il terzo affittuario può esercitare

¹³¹Nisivoccia N. (2014), *Il concordato preventivo, con particolare riferimento all'ipotesi di continuità aziendale*, Rivista Bilancio, vigilanza e controlli, p. 46.

¹³²La classica alternativa fra liquidazione e risanamento viene scomposta in dottrina nelle seguenti tipologie di piani concordatari:

- incentrati sulla liquidazione e la destinazione del ricavato al pagamento a stralcio dei debiti, modalità questa tradizionale e comune alle procedure concorsuali;
- incentrati su forme di liquidazione più complesse, con cessioni organiche di complessi aziendali, magari articolate in più fasi o forme diverse dalla compravendita;
- incentrati sulla ristrutturazione finanziaria, senza significativi interventi sull'organizzazione operativa dell'impresa;
- incentrati sulla ristrutturazione aziendale.

Brugger G. (2007), *Sub art. 160, profili aziendali*, Rivista Il nuovo diritto fallimentare, p. 2317.

¹³³Baldini Confalonieri A. (2014), *La continuità aziendale nel concordato preventivo*, Rivista Il nuovo diritto delle Società, p. 46.

l'opzione di acquisto, aumentando in questo modo le risorse per il soddisfacimento dei creditori, o l'acquisto viene condizionato all'omologa del concordato.

Tuttavia, l'ipotesi di affitto non è del tutto pacifica: secondo alcuni¹³⁴, nei casi in cui il rischio d'impresa è assunto dall'affittuario, e non ricade più sul debitore e quindi sui creditori, cade la ragione che ha indotto il legislatore a prevedere per il concordato in continuità gli obblighi di attestazione e rendicontazione.

La tesi affermativa¹³⁵, invece, evidenzia che la norma in esame comprende anche la cessione dell'azienda e non distingue fra esercizio diretto o indiretto della stessa in capo al debitore e, quanto al rischio, rileva che non necessariamente è tutto traslato sul cessionario, in quanto ad esempio il canone d'affitto è correlato all'andamento dell'azienda.

È stata poi anche proposta una tesi intermedia¹³⁶, traendo spunto dal testo letterario della norma, per cui la disciplina in esame sarebbe applicabile solo nei casi di affitto prodromico al trasferimento dell'azienda, ossia in presenza di un obbligo d'acquisto del cessionario e non invece all'affitto fine a sé stesso.

In dottrina¹³⁷ si osserva, invece, che la finalità della norma in esame è quella di *“responsabilizzare il debitore e il professionista attestatore a tutela degli interessi dei creditori tutte le volte in cui l'andamento dell'impresa influisce sul loro soddisfacimento”*, a livello del piano, dove *“l'azienda è lo strumento, diretto o indiretto, della provvista necessaria per adempiere alla proposta”*, o eventualmente anche a livello della proposta, *“nei limitati casi in cui ai creditori sia promessa una soddisfazione dipendente dal futuro andamento dell'impresa”*.

Per questo la norma non è tassativa nell'indicare le modalità di prosecuzione dell'azienda e precisa che può avvenire anche in capo a terzi, quindi, comprende anche il caso dell'affitto; ciò che importa è che i creditori siano esposti al rischio di una riduzione dei valori aziendali destinati al loro soddisfacimento o anche al rischio che maturino, per il proseguimento dell'attività, crediti prededucibili.

¹³⁴Tribunale di Terni, decreto del 28 Gennaio 2013, decreto del 12 Febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

¹³⁵Tribunale di Bolzano, decreto del 27 Febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

¹³⁶Tribunale di Patti, decreto del 12 Novembre 2013, Tribunale di Monza, decreto dell'11 Giugno 2013, in www.ilcaso.it.

¹³⁷Stanghellini L. (2013), *Il concordato con continuità aziendale*, Rivista Il fallimento, p. 1229.

L'affitto non rappresenta, pertanto, un'ipotesi di continuità aziendale solo quando è stipulato e prende effetto prima della domanda di concordato, ossia fuori dalla procedura e secondo le regole ordinarie del codice civile.

Il concordato con continuità può presentare per i creditori qualche rischio in più o comunque valutazioni più complesse rispetto a quello meramente liquidatorio, dove è sufficiente la stima dei beni. Infatti, le risorse per i creditori derivanti dal risanamento aziendale possono avere variabili più articolate e tempi più lunghi; anche nei casi in cui ai creditori sia semplicemente destinato il prezzo della cessione dell'azienda, il proseguimento di questa genera costi prededucibili, che nell'eventuale insuccesso del concordato riducono il soddisfo.

Si comprende così il motivo per cui per questa tipologia di concordato vengono richiesti adempimenti specifici ed ulteriori rispetto a quelli previsti per la domanda di base (art. 161 l. fall.)¹³⁸.

Il piano concordatario, infatti, *“deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura”*, con una proiezione fino alla fine del periodo contemplato per l'adempimento degli impegni concordatari; inoltre, la relazione del professionista non si limita ad attestare la fattibilità del piano e la veridicità dei dati, ma in aggiunta *“deve attestare che la prosecuzione dell'attività è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”* (art. 186-bis, comma 2°, lettera b). Viene richiesto un vero e proprio *business plan*, che nel caso della cessione dell'azienda a terzi può limitarsi ad evidenziare gli incassi attesi.

In relazione al ruolo del professionista, per limitare la “privatizzazione della procedura”, il disposto normativo ha incluso nell'art. 236-bis l. fall. anche una penale indirizzata a sanzionare il professionista che nelle relazioni previste espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, ed un aumento di pena per i casi in cui il professionista adotta tali condotte omissive e commissive per

¹³⁸Argenzio R. (2013), *Il concordato preventivo in continuità aziendale*, Rivista Bilancio e reddito d'impresa, p. 55.

conseguire un ingiusto profitto per sè o per altri o se questi comportamenti provocano un danno ai creditori¹³⁹.

Il controllo del tribunale, invece, nel corso della procedura, attraverso il commissario giudiziale (art. 173 l. fall.), viene esteso ad un'ulteriore condizione: se l'esercizio dell'impresa "*cessa o risulta manifestatamente dannoso per i creditori*" si avvia la revoca del concordato, pur restando "*salva la facoltà del debitore di modificare la proposta*" (art. 186-bis, ultimo comma); in questo modo il tribunale verifica che la prosecuzione dell'attività risulta oggettivamente la migliore delle alternative di soluzione della crisi.

Vi è un ultimo aspetto di grande importanza in quanto risolve una vessatissima questione ed è la previsione contenuta in chiusura del comma 3° dell'art. 186-bis, laddove si prevede che "*il giudice delegato, all'atto della cessione del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni*"¹⁴⁰. Questo era uno degli aspetti più delicati e controversi del trasferimento di azienda in sede concordataria, stante l'incertezza della disciplina pubblicistica o privatistica che dovesse ritenersi applicabile ai trasferimenti d'azienda effettuati in sede di esecuzione del concordato. Le condizioni cui l'art. 186-bis subordina la stessa proponibilità di un ricorso di concordato che preveda la continuità aziendale suscitano molti dubbi sulla compatibilità di quest'ultimo con il cosiddetto concordato in bianco o pre-concordato, ovvero il concordato presentato con riserva di deposito del piano e della documentazione a supporto dello stesso (art. 161, comma 6° l. fall).

È stato condivisibilmente affermato¹⁴¹, infatti, che le tre specifiche condizioni cui la legge subordina la configurabilità di un concordato in continuità aziendale presuppongono tutte che il piano sia già esistente nella sua forma definitiva, con la conseguenza che prima del deposito non è mai configurabile un concordato in continuità aziendale.

¹³⁹Iori M. (2012), *Concordato con continuità aziendale*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio, p. 9.

¹⁴⁰Schiano di Pepe G. (2012), *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, p. 487.

¹⁴¹Lamanna F. (2011), *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, Rivista Il Fallimentarista; Penta A. (2012), *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, p. 687.

Di rilievo, tuttavia, appare in tal senso una circolare adottata dal Tribunale di Milano¹⁴² alla stregua della quale la domanda di pre-concordato potrebbe essere accolta anche se formulata nel modo più semplice, con il suo contenuto minimo, purchè il debitore richieda espressamente la concessione del termine, da concedersi ad opera del collegio sempre nel minimo di 60 giorni in mancanza di richieste specifiche di maggior termine o, allorquando sia formulata tale richiesta, qualora la stessa sia immotivata o non supportata da idonea documentazione, per effettuare le successive produzioni. Ciò nonostante, il debitore dovrebbe, pena l'inammissibilità della domanda, al contempo depositare un aggiornato certificato cartaceo camerale ed i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, al fine di "*consentire al tribunale di valutare quantomeno la sussistenza dei presupposti dimensionali di fallibilità dell'impresa*". Estremamente delicata sarebbe, poi, la posizione del tribunale, il quale si troverebbe a decidere se autorizzare o meno il compimento di atti di straordinaria amministrazione o il ricorso a nuova finanza ovvero il pagamento di creditori concorsuali in una fase della procedura, che intercorre tra il deposito della domanda e il decreto di ammissione, in cui il piano non è stato ancora depositato ed il commissario giudiziale non è stato ancora nominato. Il tribunale in tali situazioni chiederà chiarimenti e integrazioni al debitore istante, acquisirà d'ufficio informazioni e, nei casi maggiormente complessi, ricorrerà alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio.

A tal proposito il Tribunale di Milano, sulla base della stessa circolare, ha inteso dare un'interpretazione *abrogans* della disposizione normativa, richiedendo gli obblighi informativi solo quando si tratti di concordati di grande rilievo o di concordati in continuità e nel caso in cui l'imprenditore chieda un'autorizzazione o una proroga del termine.

Ciò considerando che, in mancanza di un organo tecnico in grado di seguire l'andamento dell'impresa in questa fase iniziale, il tribunale non sarebbe in grado di

¹⁴²Tribunale di Milano, 20 Settembre 2012, in Rossi A. (2013), *Concordato in continuità: nuovi approcci interpretativi*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio, pp. 24 e ss.; in Penta A. (2012), *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, pp. 688 e ss..

valutare criticamente la documentazione e di monitorare effettivamente le imprese sottoposte a controllo.

3.2.1.1 Segue: i benefici del concordato con continuità

Per il concordato in continuità sono previsti specifici benefici, che non possono essere utilizzati nei concordati liquidatori¹⁴³.

La prima agevolazione consente una moratoria nei pagamenti dei crediti privilegiati, e, quindi, di liberare risorse finanziarie per la ristrutturazione aziendale. Infatti, oltre alla possibilità di prevedere una soddisfazione non integrale dei crediti privilegiati, ammessa dall'art. 160 per tutti i concordati, seppure con determinati limiti, analizzati nei precedenti paragrafi, il piano di concordato in continuità può anche prevedere *“una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione”*, senza che perciò quei creditori acquistino il diritto di voto (art. 186-bis, comma 2°, lett. c). La mancata ammissione al voto consente di precisare due corollari: da un lato presuppone che il diritto del creditore sia inciso il meno possibile e quindi che debbano essere riconosciuti gli

¹⁴³Baldini Confalonieri A. (2014), *La continuità aziendale nel concordato preventivo*, Rivista Il nuovo diritto delle Società, pp. 50 e ss.; Nisivoccia N. (2014), *Il concordato preventivo, con particolare riferimento all'ipotesi di continuità aziendale*, Rivista Bilancio, vigilanza e controlli, pp. 50 e ss.; Argenzio R. (2013), *Il concordato preventivo in continuità aziendale*, Rivista Bilancio e reddito d'impresa, pp. 55 e ss.; Penta A. (2012), *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, pp. 681 e ss.; Schiano di Pepe G. (2012), *Il concordato preventivo con “continuità aziendale” nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali, pp. 482 e ss.; Iori M. (2012), *Concordato con continuità aziendale*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio, pp. 5 e ss.; Vitiello M. (2013), *Le soluzioni concordate della crisi di impresa. Il nuovo concordato preventivo: modello “ordinario” e modello con continuità aziendale. I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti es art. 182 bis l. fall.. La centralità del professionista attestatore e la sua indipendenza: responsabilità civile e penale per attestazione non conforme. La sentenza delle Sezioni Unite n. 1521 del 2013*, Giuffré Editore, Milano, pp. 45 e ss.; Lamanna F. (2012), *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo” in vigore dal 12 Agosto 2012*, Giuffré Editore, Milano, pp. 61 e ss..

interessi compensativi del ritardo; dall'altro, la norma in esame non implica il divieto di proporre una dilazione maggiore di un anno, attribuendo però il diritto al voto¹⁴⁴.

Il depotenziamento della tutela offerta ai creditori privilegiati costituiva il passaggio obbligato per stimolare altri soggetti a vedere positivamente l'iniziativa concordataria: il riferimento è ai terzi che potrebbero venire in contatto con l'imprenditore nel corso della procedura ma anche ai creditori chirografari ed a quelli cc.dd. strategici.

La seconda agevolazione riguarda i rapporti contrattuali e quindi la prosecuzione dell'attività. Fermo restando la generale facoltà del debitore di essere autorizzato allo scioglimento o alla sospensione dei contratti in corso, in base a quanto disciplinato dall'art. 169 l. fall., è previsto espressamente che tali contratti, *“anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto della procedura”* e che *“sono inefficaci eventuali patti contrari”* (art. 186-bis, comma 3°). Questa norma permette al debitore di non subire eventuali scioglimenti automatici dei contratti ma, tuttavia, essa non impedisce che il terzo contraente possa ricorrere ai rimedi contrattuali ordinari e quindi ad altre forme di scioglimento del rapporto, quali il recesso, laddove applicabili. La norma in esame incide soprattutto sui contratti pubblici, ai quali dedica una più articolata disciplina (art. 186-bis, commi 4° e 5°): essa consente la prosecuzione di quei contratti, derogando alle speciali norme che li regolano, anche in capo al soggetto cui i contratti sono trasferiti insieme all'azienda, ma al tempo stesso si propone di tutelare l'interesse pubblico. A tal fine viene prevista un'ulteriore specifica attestazione del professionista, sulla *“conformità al piano”* di quei contratti e sulla *“ragionevole capacità di adempimento”* del debitore. Viene, inoltre, espressamente consentita la partecipazione alla procedura di assegnazione di nuovi contratti pubblici a condizione che, oltre alla predetta attestazione, sia presentato in gara anche un impegno di un altro soggetto, in possesso dei requisiti richiesti dall'appalto, a subentrare in caso di inadempienza dell'aggiudicatario; il solo limite riguarda la partecipazione dell'impresa in

¹⁴⁴Tribunale di Terni, 2 Aprile 2013, in www.ilcaso.it.

concordato a raggruppamenti temporanei, non potendo essa assumere la qualifica di mandataria delle altre imprese.

La terza agevolazione propria del concordato in continuità è quella per cui il tribunale può autorizzare il debitore, anche su richiesta, *“a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi”*. Anche in questo caso occorre una specifica attestazione del professionista *“che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell’attività d’impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”*, salvo il caso in cui i pagamenti siano effettuati con *“nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori”* (art. 182 quinquies, comma 4°, l. fall.).

Il pagamento dei crediti anteriori è previsto al chiaro fine di supportare la prosecuzione dell’attività aziendale, evitando che i fornitori a ciò necessari rifiutino le loro prestazioni senza il pagamento di quelle precedenti. Esso rappresenta un’evidente deroga al principio generale della *par condicio* (art. 184), esentando tali crediti dal concorso e rendendoli prededucibili.

Tale rilievo non è del tutto pacifico, essendo stata proposta in dottrina la tesi¹⁴⁵, seppur minoritaria, per cui i pagamenti autorizzabili dovrebbero, invece, rispettare la *par condicio* e in particolare l’ordine delle prelazione (art. 160, comma 2° l. fall.): pertanto, il creditore strategico potrebbe essere pagato integralmente solo se è privilegiato o se comunque il piano prevede il pagamento integrale dei privilegi ad esso anteriori, salvo che il pagamento in eccesso avvenga con finanza esterna al patrimonio del debitore, condizioni queste che dovrebbero essere attestate nella speciale relazione. In sostanza il beneficio previsto si limiterebbe alla possibilità di anticipare alcuni dei pagamenti previsti nella proposta concordataria, che per il resto dovrebbero sottostare alle regole ordinarie: si creerebbe un’affermazione non conforme al testo normativo e neppure alla sua ratio.

¹⁴⁵Finardi D. e Sandrini G. (2013), *La deroga alla par condicio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento dei debiti pregressi*, in www.ilcaso.it, pp. 14 e ss..

Proprio in considerazione dell'ampio privilegio che la norma consente, si registra la tendenza ad un'interpretazione restrittiva, negandosi, ad esempio, che fra i fornitori possano essere compresi i lavoratori dipendenti¹⁴⁶ e delimitando l'ambito di applicazione della norma ai soli contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Lo strumento agevolativo di maggior interesse è rappresentato dalla possibilità di contrarre finanziamenti prededucibili: l'apporto di nuova finanza è sempre un elemento fondamentale nelle operazioni di risanamento e ristrutturazione aziendale (art. 182 quarter).

Viene, infatti, stabilita la regola per cui *“i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo sono prededucibili”* (art. 182 quarter, comma 1°, l. fall.). In sostanza, viene data al finanziatore la certezza che, anche in caso di successivo fallimento del debitore, la restituzione del suo finanziamento è sottratta ai vicoli del concorso fallimentare e alla relativa falcidia. I medesimi benefici vengono previsti anche per i *“finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di concordato”*; tuttavia, poiché si tratta di finanziamenti eseguiti prima dell'inizio della procedura (c.d. *“finanza ponte”*), che potrebbe non essere approvata dai creditori o non omologata, la prededuzione è condizionata alla loro menzione nel piano concordatario depositato e all'espresso riconoscimento nel provvedimento di ammissione al concordato (art. 182 quarter, comma 2°): il finanziatore corre qualche rischio in più e si presume che tali finanziamenti saranno limitati a situazioni di grave emergenza di cassa del debitore.

In considerazione di quest'ultima esigenza, la legge configura una terza categoria *“temporale”* di finanziamenti, ovvero quelli erogati nel periodo fra la presentazione della domanda di concordato, anche con riserva, e il provvedimento di ammissione: in questo caso ai fini della prededuzione è richiesta una specifica attestazione del professionista, *“che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori”*, e l'autorizzazione del tribunale (art. 182 quinquies, comma 1°, l. fall.). Con queste cautele l'operatività è agevolata in quanto possono essere autorizzati

¹⁴⁶Tribunale di Modena, 15 Dicembre 2012, in www.ilcaso.it.

anche “*finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative*”; può, inoltre, essere autorizzata la concessione di garanzie reali, quali pegno e ipoteca (commi 2° e 3°). Il vantaggio per il debitore è non solo quello di poter far fronte ad esigenze non previste al momento della redazione della proposta concordataria, ma anche di poter negoziare e meglio adattare il finanziamento, stante la procedura già avviata.

Un’ulteriore agevolazione riguarda i finanziamenti effettuati dai soci di società di capitale e dai soggetti che esercitano la direzione e il coordinamento sulla società debitrice: in deroga alla disciplina generale, per cui esse sarebbero postergati agli altri crediti (artt. 2467 e 2497 quinquies c.c.), viene loro esteso il regime della prededuzione, seppure nei limiti dell’80% del loro ammontare; per chi invece acquisisce la qualità di socio in funzione o in esecuzione del concordato preventivo la prededuzione è integrale (art 182 quarter, comma 3° l. fall.).

Infine, una norma agevolativa dei concordati, che può essere apprezzata nei casi di continuità aziendale, è la sospensione dell’obbligo di ricapitalizzazione della società in perdita (art. 182 sexies l. fall.), obbligo che altrimenti deriverebbe dalla disciplina generale delle società di capitali, disciplinate dal codice civile. La sospensione opera dalla data di deposito della domanda di concordato fino alla sua omologazione e coerentemente riguarda anche l’applicazione della relativa causa di scioglimento della società.

Capitolo quarto

IL CASO A.M.T.S. S.p.A.: l'ammissione al concordato con continuità aziendale

4.1 PREMESSA: la “prima domanda di concordato”

In data 27 Agosto 2013 l'Azienda Mobilità Trasporti Sannio S.p.A. (inde AMTS), avente sede in Benevento, alla via Santa Colomba, società per azioni unipersonale il cui unico socio di riferimento è il Comune di Benevento che ne detiene la quota totalitaria del 100% delle azioni, titolare dell'organizzazione e dell'esercizio del trasporto pubblico e privato del suddetto Comune, in persona del Presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante pro tempore, ha depositato presso la cancelleria del Tribunale di Benevento il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo nelle forme di cui all'art. 161 comma 6° l. fall., riservandosi di presentare il piano, la proposta e l'ulteriore documentazione prevista dai comma 2° e 3° dello stesso articolo, entro il tempo stabilendo dal collegio.

Dall'analisi dei bilanci degli ultimi tre anni risulta che l'attivo di ciascun esercizio è superiore al limite di euro 300.000,00 e l'ammontare dei debiti è superiore al limite di euro 500.000,00, per cui risulta verificato il presupposto dimensionale.

In data 30 Dicembre 2013, invece, il Comune di Benevento ha adottato una delibera con cui ha riconosciuto l'AMTS quale società che opera “*in house*”, ma che da tempo svolge attività commerciale.

Con decreto depositato in cancelleria il 29 Agosto 2013, il Tribunale, esaminato il ricorso ex art. 161, 6° comma l. fall., ha concesso all'AMTS il termine di 75 giorni per il deposito del piano e della proposta, nominando Commissari Giudiziali il Prof. Avv. Stefano Ambrosini, l'Avv. Giuseppe Bosco e il Dott. Paolo Palumbo e

disponendo il deposito, da parte della società ricorrente, di una relazione riepilogativa della gestione economica e finanziaria dell'impresa a cadenza periodica di 30 giorni, sia presso la cancelleria del Tribunale, sia offrendone contestuale comunicazione all'Ufficio commissariale.

Tenuto conto dell'imminenza dello spirare del termine, la ricorrente ha formulato al Tribunale istanza ex art. 161, 5° comma, l. fall., per la concessione di una proroga di 60 giorni per il deposito del piano e della proposta di concordato, nonché dell'ulteriore documentazione prevista dalla legge, la quale è stata accolta dal Tribunale di Benevento, che ha assegnato un ulteriore termine di 60 giorni per la presentazione del piano, della proposta e della documentazione di cui all'art. 161 comma 2° e 3° l. fall..

Pertanto, l'11 Gennaio 2014 la debitrice ha depositato presso la cancelleria *“Ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex artt. 160 e ss. l. fall.”*, corredato dal piano e dalla proposta di concordato, nonché dall'ulteriore documentazione prevista dalla legge.

La domanda di concordato è stata basata su un piano strutturato in modo “misto”, in quanto le risorse finanziarie sarebbero derivate, in parte, dalla prosecuzione dell'attività d'impresa da parte della stessa debitrice secondo uno schema sussumibile nel concordato con continuità aziendale di cui all' art. 186-bis l. fall., in parte dall'attivo patrimoniale della società e in parte, ancora, dalla cessione di un bene immobile apportato da un terzo, estraneo al patrimonio della debitrice, che il socio unico Comune di Benevento si era impegnato a conferire, subordinatamente all'omologazione del concordato, per ripianare le perdite maturate sino al 31 Dicembre 2013 e alla ricostruzione del capitale.

I Commissari Giudiziali hanno reso un parere preliminare in relazione al piano e alla proposta di concordato presentati dall'AMTS, giungendo alla conclusione dell'ammissibilità del piano, e hanno altresì rassegnato alcune valutazioni sulle possibili carenze di liquidità derivanti dall'anticipo dell'imposta sul valore aggiunto da parte della debitrice: l'IVA assolta all'acquisto sarà anticipata dall'azienda in fase di pagamento delle fatture di acquisto e sarà più o meno prontamente “recuperata” o

mediante il sistema della detrazione e/o della compensazione con altri tributi, imposte e/o contributi.

Con decreto reso in data 12 Marzo 2014 e depositato in cancelleria il giorno successivo, il Tribunale ha dichiarato aperta la procedura di concordato preventivo, designando quale Giudice Delegato il Dott. Michele Monteleone, confermando quali Commissari Giudiziari il Prof. Avv. Stefano Ambrosini, l'Avv. Giuseppe Bosco e il Dott. Paolo Palumbo, fissando, infine, l'adunanza dei creditori per il 29 Aprile 2014. In tale data si sono tenute le operazioni di voto e all'esito dello scrutinio dei voti i Commissari hanno accertato il mancato conseguimento della maggioranza dei crediti e, di conseguenza, la mancata approvazione del concordato ai sensi dell'art. 179 l. fall..

Tenuto conto del mancato raggiungimento della maggioranza prevista dall'art. 177, 1° comma l. fall., il Giudice Delegato ha fissato udienza dinanzi al collegio per il 18 Giugno 2014 e, in tale data il Tribunale, preso atto del deposito da parte della ricorrente di alcuni scritti difensivi, ha concesso ai Commissari termine fino al 27 Giugno 2014 per le proprie osservazioni, fissando udienza al 1 Luglio 2014. L'AMTS, preso atto della mancata approvazione dell'originaria soluzione concordataria, si è risolta a presentare in data 1 Luglio 2014 un nuovo ricorso ex art. 161, 1° comma l. fall., corredato dal piano e della proposta di concordato, nonché dall'ulteriore documentazione prevista dall'art. 161 l. fall., compresa la relazione ex art. 161, 3° comma l. fall., predisposta dai Dottori Francesco Leo e Gianluca Zollo, con contestale rinuncia alla primigenia domanda.

Atteso che ogni qual volta il passaggio dalla prima procedura alla seconda avvenga senza soluzione di continuità a livello logico e temporale, gli effetti del nuovo concordato retroagiscono alla data del primo ricorso con conseguenza che ad esso deve aversi riguardo per stabilire quali ipoteche giudiziarie siano efficaci nei confronti della massa, quali passività vadano assoggettate al concorso, e quali, invece, vadano pagate in prededuzione, in quanto sorte in occasione del concordato.

4.2 RICORSO PER L'AMMISSIONE ALLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO DEPOSITATO IL 1 LUGLIO 2014: la “seconda domanda di concordato”

4.2.1 Segue: l'analisi della struttura societaria e del suo sviluppo

Il servizio di trasporto nasce a Benevento nel lontano 1947 con la ditta “Cesare Ventura”, la quale gestisce tale servizio fino al 1963, quando problemi economici la portano a fermare definitivamente la sua attività.

Il 7 Giugno 1964 il servizio viene affidato ufficialmente al Comune di Benevento. Nel 1990, invece, il Consiglio Comunale approva la trasformazione dell'azienda in municipalizzata e la denominazione assunta è Azienda Municipalizzata Trasporti Urbani (AMTU).

Nel 1998 l'azienda cambia ancora la sua natura giuridica e diviene Azienda Speciale del Comune e, dunque, un Ente Pubblico Economico.

A partire dal 1 Gennaio 2003, la nuova azienda aderisce al Consorzio Unico Campania.

Nel 2012, inoltre, nella seduta del 23 Dicembre, il Consiglio Comunale procede all'approvazione dell'ulteriore trasformazione dell'azienda AMTU in società per azioni che assume il nome di AMTS S.p.A., Azienda Mobilità Trasporti Pubblici.

Il 2013 rappresenta l'anno in cui, il socio unico Comune di Benevento, delibera e approva il nuovo statuto societario.

L'oggetto sociale dell'azienda, tra l'altro, comprende la possibilità di gestire sia i servizi in precedenza gestiti dall' AMTU, sia l'organizzazione e l'esercizio del trasporto locale, sia pubblico che privato, di persone e di merci, con qualsiasi sistema esercitato. Tali servizi dovranno essere affidati alla società in prevalenza dal Comune di Benevento e dovranno essere svolti, in via principale, nella città di Benevento.

La società, inoltre, può provvedere, limitatamente al trasporto collettivo su gomma, alla progettazione, alla realizzazione, all'adeguamento, alla gestione, alla

manutenzione ed all'uso degli impianti, delle infrastrutture e dei beni mobili ed immobili per l'esercizio dell'attività di cui sopra.

L'AMTS si trova in uno stato di crisi, palesatosi sin nell'anno 2009 con una perdita d'esercizio che ha portato già all'epoca ad un deficit patrimoniale di euro 463.808, poi ripianato dall'Assemblea dei soci tenutasi in data 27 Settembre 2010.

La situazione di difficoltà economica e finanziaria è poi proseguita negli anni successivi e, in particolare, nel corso del 2011, quando la ricorrente ha rilevato un decremento del valore della produzione pari al 6,75% per il venir meno del contributo della Regione Campania, nel corso del 2012, quando il 16 Ottobre un lodo arbitrale sfavorevole, attualmente impugnato innanzi alla Corte di Appello di Napoli, ha condannato l'azienda al pagamento della somma di euro 1.691.526,30 (comprensivo di IVA), oltre gli interessi maturati e maturandi, in favore delle società Ing. Pietro Ciardiello S.r.l., SE.PEL. S.r.l. e Siciliano Giuseppe Costruzioni S.r.l., e, infine, nel corso del 2013, quando vi è stato un ulteriore taglio di circa un milione di euro da parte del Comune di Benevento nel trasferimento del contributo per il contratto di servizio in essere.

In conseguenza dell'esito sfavorevole del lodo arbitrale, l'AMTS e le predette società hanno stipulato una scrittura privata con la quale la ricorrente ha ceduto, pro solvendo, *“i crediti che la stessa andrà a maturare nei confronti del Comune di Benevento a titolo di corrispettivo per il servizio di trasporto e per eventuali stanziamenti aggiuntivi che il Comune dovesse deliberare in favore della stessa”*: si tratta di crediti futuri, relativi a diritti di credito non ancora maturati e del tutto illiquidi ed inesigibili al momento della sottoscrizione.

Alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in maniera costante ed univoca appare indubbio che i crediti sorti successivamente alla data del 27 Agosto 2013 non possono e non potranno ritenersi opponibili alla procedura. Infatti, una volta presentata la domanda e pubblicata nel competente registro delle imprese a cura del cancelliere, entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, decorrono in via immediata gli effetti protettivi che si sarebbero realizzati con la presentazione della domanda di concordato completa.

4.2.2 Segue: esistenza e persistenza dei requisiti di cui all' art. 1 l. fall.

Già nel ricorso ex art. 161, 6° comma l. fall., è stato dimostrato e documentato come:

- non esista dubbio alcuno che la società ricorrente sia pienamente inquadrabile nella sfera del diritto privato, secondo il modello previsto dal codice civile;
- dal punto di vista dimensionale, risultano ampiamente superati i requisiti di cui al 2° comma dell'art. 1 l. fall., come rilevabile dai bilanci e dalle situazioni contabili allegati al presente ricorso.

Ad integrazione di quanto già argomentato, la ricorrente pone all'attenzione del Tribunale la recente statuizione della Suprema Corte, riportata nei precedenti capitoli (Cassazione Civile, sez. I, 27 Settembre 2013, n.22209). La predetta sentenza della Suprema Corte conferma non solo i propri precedenti orientamenti, ma fa seguito anche a due conformi sentenze emesse dalla Corte di Appello di Napoli (sez. I, 24 Aprile 2013 n. 57 e del 27 Maggio 2013, n. 346), riportate anch'esse nei precedenti capitoli. L'esistenza e la persistenza dei requisiti di cui all'art. 1 l. fall. sono state anche già esaminate e valutate dal Tribunale di Benevento a seguito della presentazione del ricorso depositato in data 11 Gennaio 2014, con l'ammissione della ricorrente alla procedura concordataria di cui al decreto del 13 Marzo 2014 (*"prima domanda di concordato"*).

4.2.3 Segue: la situazione patrimoniale ed economica al 27 Agosto 2013

La situazione contabile aggiornata al 27 Agosto 2013, data di presentazione della domanda di pre-concordato ex art. 161, 6° comma l. fall., come di seguito riportata, costituisce la base di partenza attraverso la quale possono essere analizzate tutte le

operazioni ed eventuali rettifiche di valore successivamente realizzate. Le rettifiche operate sono state determinate in contraddittorio ed in coordinamento con l'attività e le verifiche svolte dagli attestatori del piano, recependo di volta in volta le osservazioni ed eccezioni formulate nel corso del proprio esame e revisione del piano da parte dei professionisti indipendenti incaricati.

Situazione al 27 Agosto 2013	
Stato Patrimoniale	
Attivo	
Immobilizzazioni immateriali	209.420,23
Immobilizzazioni materiali	368.028,27
Immobilizzazioni in corso ed acconti	25.419,83
Immobilizzazioni finanziarie	1.062.148,40
Totale immobilizzazioni	1.665.016,73
Rimanenze	-
Crediti	1.024.510,30
Disponibilità liquide	58.926,80
Totale attivo circolante	1.083.437,10
Ratei e riscontri	15.918,94
Totale attivo	2.764.372,77
Passivo	
Patrimonio netto	-3.019.754,62
Fondi rischi e oneri	145.147,00
TFR	1.933.513,63
Debiti	3.670.096,96
Ratei e riscontri	35.369,80
Totale passivo	2.764.372,77
Conto economico	
Ricavi della produzione	3.609.202,33
Costi della produzione	4.144.622,06
Differenza	-535.419,73
Proventi e oneri finanziari	-81.719,02
Proventi e oneri straordinari	-340.023,63
Risultato prima delle imposte	-957.162,38
Imposte	-
Utile (perdita) d'esercizio	-957.162,38

La situazione sopra esposta ha natura meramente "contabile", in quanto redatta prima di procedere alle necessarie rettifiche in relazione alle effettive previsioni di realizzo,

di cui si dirà nel prosieguo. Nel periodo successivo al 27 Agosto 2013 e fino alla data della presente domanda di concordato preventivo, la società ha prodotto solo oneri e proventi dell'ordinaria amministrazione.

4.2.4 Segue: la rappresentazione dell'attivo e del passivo alla data di riferimento. L'elenco dei creditori con l'indicazione dei crediti e delle cause di prelazione

Di seguito si riporta il prospetto di analisi dello stato analitico ed estimativo delle attività, ex art. 161, 2° comma, lettera b, l. fall.. La valutazione dell'attivo è stata effettuata con i criteri prudenziali, in modo da sottoporre al ceto creditorio un piano attendibile di ristrutturazione del debito e del soddisfacimento dei creditori.

Nella determinazione dell'attivo concordatario, a differenza di quanto esposto nel ricorso depositato in data 11 Gennaio 2014, non è stata più effettuata la compensazione ex art. 56 l. fall., precedentemente richiesta e poi revocata dal Comune di Benevento.

Descrizione	Valore di realizzo
Immobilizzazioni materiali	302.400,00
Immobilizzazioni finanziarie	1.062.148,40
Crediti verso clienti	352.951,01
Crediti verso utenti	700,00
Crediti verso Erario ed Enti Previdenziali	171.015,24
Crediti verso Tesoreria INPS	480.015,28
Altri crediti	228,67
Disponibilità liquide	58.926,76
TOTALE ATTIVO	2.428.385,36

Si riporta, contestualmente lo stato analitico delle passività che vengono distinte per grado di privilegio e percentuale di soddisfazione; la situazione contabile analitica redatta dalla società alla data del 27 Agosto 2013 costituisce il riferimento precipuo anche per tutte le successive elaborazioni e rettifiche di valore inerenti le passività sociali al fine di pervenire alla quantificazione del valore delle attività da realizzare e delle passività da soddisfare.

La stima delle poste patrimoniali passive è stata realizzata sulla base del criterio a valore nominale, rettificato opportunamente, sia per coerenza con il più generale principio della competenza, sia per tenere conto degli onori accessori maturati e/o maturandi, nonché di tutte le altre eventuali partite debitorie di natura anche extracontabile connesse soprattutto a situazioni di inadempimento della ricorrente. La differenza tra il “valore contabile” ed il “valore stimato” è sostanzialmente riconducibile alle seguenti circostanze:

- compensazione tra crediti e debiti ante concordato ex art. 56 l. fall.;
- maggiorazione del debito per il riconoscimento degli interessi e delle spese legali portate in atti giudiziari conosciuti dalla debitrice sino alla data odierna;
- adeguamento del debito a seguito del riscontro eseguito sulla scorta delle risposte fornite dai creditori alle lettere di circolarizzazione nonché alle note inviate dai Commissari Giudiziari ex art. 171 l. fall.;
- adeguamento dei debiti tributari e previdenziali per l’aggiunta delle sanzioni e degli interessi.

CREDITORI CON PRELAZIONE MOBILIARE					
Creditore	Importo contabile	Importo	Importo con riserva	Rif. Codice Civile	Natura e grado di preferenza / privilegio
Crediti da lavoro (TFR e retribuzioni)	2.175.354,63	2.230.258,52	60.500,00	Art. 2751 bis n. 1 c.c. – Art. 2777 co. 2 c.c. lett. a)	Generale – Preferenze 4° grado
Ritenute sindacali / Pignoramento quinto su stipendio	12.442,60	12.442,60	-	Art. 2751 bis n. 1 c.c. – Art. 2777 co. 2 c.c. lett. a)	Generale – Preferenze 4° grado
Professionisti / CO.CO.CO	98.081,06	128.987,45	-	Art. 2751 bis n. 2 c.c. – Art. 2777 co. 2 c.c. lett. b)	Generale – Preferenze 5° grado
Imprese artigiane e cooperative di lavoro	42.297,53	42.297,53	-	Art. 2751 bis n. 5 c.c. – Art. 2777 co. 2 c.c. lett. c)	Generale – Preferenze 6° grado
INPS / INAIL / EQUITALIA (contributi)	366.825,15	408.352,22	-	Art. 2753 c.c. – Art. 2778 c.c. n. 1	Generale – Privilegio I grado
INPS / INAIL / EQUITALIA	-	3.856,32	-	Art. 2754 c.c. – Art. 2778 c.c. n. 8	Generale – Privilegio VIII grado
Agenzia delle Entrate per imposte dirette (rit. acc., IRES ,IRAP) e sanzioni	100.000,00	127.312,41	-	Art. 2752 c.c. – Art. 2778 c.c. n. 18	Generale – Privilegio XVIII grado
Agenzia delle Entrate (IVA e sanzioni)	165.871,63	217.875,99	-	Art. 2752 c.c. – Art. 2778 c.c. n. 19	Generale – Privilegio XIX grado
TOTALI	2.960.872,60	3.171.383,04	60.500,00		

CREDITORI CHIROGRAFARI			
Creditore	Importo contabile	Importo	Importo con riserva
Fornitori	841.306,71	819.943,34	-
Debiti diversi	1.750.358,37	675.561,98	1.039.483,49
Professionisti per crediti non privilegiati	2.057,67	7.869,05	-
Enti previdenziali ed assistenziali per crediti non privilegiati	3.016,28	43.849,69	-
Equitalia per crediti non privilegiati	-	6.453,97	-
TOTALI	2.596.739,03	1.553.678,03	1.039.483,49

Pertanto, a fronte di un passivo ammontante ad euro 5.825.044,56, vi sarebbe un attivo valutabile in soli euro 2.428.385,36. Ove mai la ricorrente non fosse ammessa alla richiesta procedura di concordato preventivo con continuità, e in ipotesi di conseguente fallimento, l'attivo societario, alla data del 27 Agosto 2013, sarebbe in grado di soddisfare solo i crediti dei dipendenti, le ritenute sindacali/pignoramento quinto su stipendi ed in parte i professionisti e CO.CO.CO, mentre tutti gli altri creditori non potrebbero ricevere alcun pagamento a soddisfacimento dei propri diritti.

4.2.5 Segue: ulteriore passivo potenziale

Ai fini di una credibile rappresentazione delle passività da soddisfare si è inteso prevedere l'ammontare di ulteriori oneri che normalmente sorgono con l'instaurazione di una procedura di concordato preventivo. L'analisi dei costi da sopportare prima e durante la procedura ha determinato la creazione di fondi da appostare sulla base della verifica delle singole posizioni debitorie individuate nelle seguenti categorie.

Voce di spesa	Valore stimato
Spese di giustizia	104.000,00
Spese per assistenza professionale	105.584,00
Fondo rischi	100.000,00
TOTALE	309.584,00

Le spese per assistenza professionale accolgono principalmente i c.d. “*costi di ristrutturazione*” ovvero gli onorari ancora dovuti alla data di presentazione del presente piano ai professionisti incaricati e/o coinvolti per il “perfezionamento” dell'accesso alla procedura di concordato preventivo (principalmente Legal Advisor, Financial Advisor, Professionisti Attestatori, ecc.).

Gli importi sono stati inseriti sulla scorta dei mandati professionali conferiti.

Tutte le tipologie di oneri sopradescritti sono state trattate come spese prededucibili, da soddisfarsi con preferenza rispetto a qualsiasi altro credito, in base a quanto stabilito dall'art. 111, 2° comma, l. fall..

4.2.6 Segue: gli aventi diritto al voto e la moratoria del pagamento dei creditori privilegiati

Nel piano che di seguito verrà esposto, è previsto che i pagamenti potranno essere eseguiti oltre il limite della moratoria prevista dall'art. 186-bis, 2° comma, lettera c, l. fall., al di fuori di quanto dovuto ai dipendenti per gli stipendi arretrati, rateo 13°, 14° e mensilità di Agosto 2013, che saranno pagati entro tale termine. La predetta norma è stata interpretata nel senso che è possibile prevedere, nel concordato in continuità, il pagamento dei creditori privilegiati in un arco temporale superiore all'anno di moratoria previsto, a condizione che agli stessi privilegiati venga riconosciuto il diritto al voto. Per tale motivo, sulla base di tale interpretazione, gli aventi diritto al voto sono i seguenti creditori:

CHIROGRAFARI	Importo chirografario con e senza riserva	Importo privilegiato con e senza riserva
Fornitori	819.943,34	-
Debiti diversi	1.715.045,47	-
Professionisti per crediti non privilegiati	7.869,05	-
Enti previdenziali ed assistenziali per crediti non privilegiati	43.849,69	-
Equitalia per crediti non privilegiati	6.453,97	-
PRIVILEGIATI	Importo chirografario con e senza riserva	Importo privilegiato con e senza riserva
Crediti da lavoro (TFR ed eventuali differenze retributive per cause)	-	1.975.486,09

Ritenute sindacali / Pignoramento quinto su stipendi	-	12.442,60
Professionisti / CO.CO.CO	-	128.987,45
Imprese artigiane e cooperative di lavoro	-	42.297,53
Istituti Previdenziali / EQUITALIA (contributi)	-	408.352,22
Istituti Previdenziali / EQUITALIA (somme aggiuntive su contributi)	-	3.856,32
Agenzia delle Entrate per imposte dirette (rit. acc., IRES,IRAP) e sanzioni	-	127.312,41
Agenzie delle Entrate (IVA e sanzioni)	-	217.875,99
TOTALI	2.593.161,52	2.916.610,61
TOTALE AVENTI DIRITTO AL VOTO	-	5.509.772,13

Sulla base del piano industriale pluriennale e sui presumibili tempi di alienazione dei beni immobili, si ritiene ragionevole prevedere che i pagamenti saranno effettuati entro il II semestre del 2019. Pertanto, si è proceduto prudentemente al calcolo degli interessi spettanti ai creditori privilegiati sino a tale data.

L'ammontare degli interessi legali, pari a 75.588,69, in aggiunta all'importo totale spettante ai creditori privilegiati, determina un costo complessivo pari a 3.307.471,74.

In merito al predetto calcolo, si specifica quanto segue:

-
- per quanto riguarda gli interessi spettanti ai lavoratori, gli stessi sono stati indicati nella misura quantificata dai Commissari Giudiziari all'udienza del 6 Maggio 2014;
 - per quanto riguarda gli interessi spettanti agli altri privilegiati, sono stati computati al saggio legale fino al 31 Dicembre 2019.

4.3 LA RAPPRESENTAZIONE DEL PIANO E DELLA PROPOSTA

L'AMTS si trova in un evidente stato di crisi, che può essere efficacemente affrontata con lo strumento del concordato preventivo: infatti, l'accesso a tale procedura è quanto mai opportuna, in quanto:

- sospende il decorso degli interessi e quindi evita l'aggravarsi del passivo;
- impedisce le azioni esecutive e individuali e l'acquisizione di titoli di prelazione e quindi consente di tutelare la par condicio creditorum, evitando anche l'aggravio delle spese processuali;
- consente al management di dedicare tutte le proprie energie alla gestione aziendale per l'attuazione del nuovo piano industriale, attraverso la quale si realizzeranno risorse finanziarie da destinare al pagamento dei creditori concordatari.

Il piano di concordato sorregge la valutazione di fattibilità della proposta e costituisce il fondamento concreto in base al quale la proposta stessa da un lato può essere avanzata, e dall'altro può essere valutata prima dai Commissari Giudiziali e poi dai creditori.

In tal caso, il piano di concordato che si propone ai creditori è strutturato in modo "misto" in quanto prevede il reperimento di risorse finanziarie:

-
- in parte dalla prosecuzione dell'attività aziendale, nel periodo 2014/2019, secondo la stima effettuata nel piano industriale. Tali flussi finanziari sono garantiti dalla messa a disposizione di beni immobili apportati da un terzo, e quindi estranei al patrimonio della debitrice alla data di riferimento, che il socio unico Comune di Benevento si è impegnato a conferire, subordinatamente all'omologazione del concordato, per il ripianamento delle perdite maturate fino al 31 Dicembre 2013, nonché per la ricostruzione del capitale sociale;
 - in parte dall'attivo patrimoniale della società: crediti e alienazione di beni immobili;
 - in parte dall'alienazione di un bene immobile apportato da un terzo, e quindi estraneo al patrimonio della debitrice alla data di riferimento, che il socio unico Comune di Benevento si è impegnato a conferire, subordinatamente all'omologazione del concordato, per il ripianamento delle perdite maturate fino al 31 Dicembre 2013, nonché per la ricostruzione del capitale sociale.

Le risorse finanziarie saranno destinate:

- al pagamento integrale delle spese di procedura e dei crediti prededucibili;
- al pagamento integrale dei creditori privilegiati;
- al pagamento parziale dei creditori chirografari nella percentuale prevista per le classi che di seguito verranno esposte.

Per quanto riguarda la prosecuzione delle attività, in base a quanto disposto dall'art. 186-bis 2° comma, lettera a, l. fall., è stato predisposto e viene allegato al ricorso, facendone parte integrante, un piano industriale, redatto dalla Segesta S.r.l., contenente l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.

La proposta di concordato, nel prevedere la conservazione del nucleo produttivo e dei livelli occupazionali, destina la liquidità in formazione negli esercizi compresi

nel periodo 2014/2019 ai creditori concordatari, al netto di quanto necessario per la gestione corrente.

Il quadro complessivo dei flussi finanziari dell'azienda AMTS, nel periodo 2014/2019, è pari ad euro 1.591.000,00.

A garanzia del conseguimento dei predetti flussi finanziari venienti dalla gestione, la debitrice è disponibile ad alienare e destinare il ricavato della vendita, ad integrazione di eventuali minori flussi di cassa rispetto a quelli preventivati, dei seguenti immobili:

- l'immobile denominato "*Parccheggio Porta Rufina*", stimato per un valore di euro 2.780.000,00 ma prudentemente quantificato in euro 1.800.000,00, la cui vendita si presume possa essere eseguita entro il 31 Dicembre 2018;
- numero sei alloggi di Parco Avellola;
- numero due garage siti in via Tiengo;
- numero uno immobile sito in via Torre della Catena.

Il valore attuale di mercato dei predetti immobili è pari ad euro 600.655,18, come da apposita perizia di valutazione redatta dall'Architetto Delia Maria Berruti.

In merito ai flussi venienti dalla gestione, la Giunta Comunale di Benevento, con delibera n. 89 del 19 Giugno 2014, ha deliberato:

- di autorizzare la prosecuzione del servizio di trasporto pubblico locale e scolastico della città di Benevento da parte della ricorrente;
- di autorizzare il dirigente competente al pagamento del corrispettivo mensile per i servizi di trasporto sulla base di quanto già liquidato nel 2013;
- di autorizzare la prosecuzione della gestione della sosta su strisce blu e del megaparcheggio da parte dell'AMTS;
- di modificare gli orari e le aliquote della sosta su strisce blu.

L'attivo patrimoniale della debitrice alla data di riferimento è stimabile prudenzialmente in euro 2.446.912,80.

Le poste che saranno destinate al soddisfacimento dei creditori concordatari sono le seguenti:

- la polizza assicurativa avente un valore di euro 1.062.148,40, con la quale sarà pagato ad ogni singolo dipendente parte del TFR maturato;
- il credito verso la Tesoreria INPS, ammontante ad euro 480.015,28;
- numero 18 autorimesse, site nel Comune di Benevento, valutate complessivamente in euro 302.400,00 e si ipotizza che la vendita possa essere eseguita entro il 31 Dicembre 2015, presumibilmente entro un anno dall'omologazione.

L'importo veniente dall'alienazione dei predetti immobili sarà utilizzato per il pagamento dei debiti concordatari e può essere presumibilmente quantificato in euro 1.844.563,68.

4.3.1 Segue: le classi di creditori e le percentuali di pagamento

I creditori saranno soddisfatti con inserimento in classi di appartenenza e nelle percentuali e con le modalità previste per ciascuna classe.

Si tratta di tre classi di creditori, di cui una di creditori prelatizi e due di creditori chirografari, i cui appartenenti saranno soddisfatti come di seguito descritta.

La proponente, sulla base di dati concretamente apprezzabili, indica ai creditori le prospettive che ritengono plausibili e questi, approvando la proposta, condividono la valutazione e quindi accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili; per la indicata percentuale la proponente non presta alcuna garanzia.

Classe	Tipo creditore	Creditore	Importo credito	Totale credito classe	% pagam.	Totale da pagare	Totale da pagare
1°	Creditori prelatizi	Crediti da lavoro	2.301.757,71	3.307.471,74	100,00%	2.301.757,71	3.307.471,74
		Ritenute sindacali / Pignoramento quinto su stipendi	13.296,54		100,00%	13.296,54	
		Professionisti / CO.CO.CO.	137.839,88		100,00%	137.839,88	
		Imprese artigiane e cooperative di lavoro	45.200,42		100,00%	45.200,42	
		Istituti Previdenziali / EQUITALIA (contributi)	436.377,49		100,00%	436.377,49	
		Istituti Previdenziali / EQUITALIA (somme aggiuntive su contributi)	4.120,98		100,00%	4.120,98	
		Agenzia delle Entrate per imposte dirette (rit. acc., IRES,IRAP) e sanzioni	136.049,88		100,00%	136.049,88	
		Agenzia delle Entrate (IVA e sanzioni)	232.828,84		100,00%	232.828,84	
2°	Creditori chirografari con credito garantito da cessione di credito	ATI "Porta Rufina"	1.039.680,42	1.131.629,13	45,00%	467.856,19	509.233,11
		ENTE AUTONOMO VOLTURNO SRL	91.948,71		45,00%	41.376,92	
3°	Altri creditori chirografari	Altri creditori chirografari	1.461.532,39	1.461.532,39	75,90%	1.109.274,83	1.109.274,83
TOTALI			5.900.633,26	5.900.633,26		4.925.979,68	4.925.979,68

Al fine di una rassegna riepilogativa che rappresenti la ricostruzione resa, posta a fondamento del piano di fattibilità, si reputa, pertanto, necessario rappresentare il complesso delle poste che costituiscono le attività ed il complesso di quelle che rappresentano le passività della società nelle seguenti tabelle:

ATTIVITA'	STIMA AL 27 AGOSTO 2013
Risorse derivanti dalla gestione	
Cash flow periodo 2014/2019	1.591.000,00
Risorse derivanti dal patrimonio del debitore alla data di riferimento	
Polizza assicurativa AVIVA S.p.A.	1.062.148,40
Credito verso Tesoreria INPS	480.015,28
N. 18 autorimesse	302.400,00
Risorse derivanti dall'alienazione di beni apportati da un terzo	
Parcheggio di Porta Rufina	1.800.000,00
TOTALE ATTIVITA'	5.235.563,68

PASSIVITA'		STIMA AL 27 AGOSTO 2013
Classe	Tipo creditore	Totale da pagare
1°	Creditori prelatizi	3.307.471,74
2°	Creditori chirografari con credito garantito da cessione di credito	509.233,11
3°	Altri creditori chirografari	1.109.274,83
TOTALE PASSIVITA'		4.925.979,68

L'esame delle passività, l'assenza di ulteriori elementi dell'attivo rispetto a quelli elencati, il computo dei costi di liquidazione/procedura, e l'individuato fabbisogno necessario alla soddisfazione dei creditori secondo le legittime cause di prelazione, conduce alla prospettazione di un piano di ristrutturazione dei debiti, che prevede

l'integrale copertura delle spese di procedura, ivi comprese quelle per l'accesso alla stessa, nonché il soddisfacimento dei creditori nella misura di seguito indicata:

+	Totale attivo stimato da realizzare	5.235.563,68
-	Spese di giustizia + Spese assistenza professionale + Fondo rischi (pagamento al 100%)	309.584,00
-	Creditori assistiti da cause legittime di prelazione (pagamento al 100%)	3.307.471,74
=	Somme residue disponibili per il pagamento dei creditori chirografari	1.618.507,94
-	Creditori chirografari con credito garantito da cessione di credito Previsione di pagamento nella misura presuntiva del 50 %	509.233,11
-	Altri creditori chirografari Previsione di pagamento nella misura presuntiva del 75,90 %	1.618.507,94
=	Residuo attivo	0

In relazione ai tempi e le modalità di soddisfacimento dei creditori, sulla base del piano industriale pluriennale e dei presumibili tempi di liquidazione e reperimento delle risorse finanziarie in precedenza riportati, si ritiene ragionevole prevedere che i pagamenti potranno essere effettuati:

- ai dipendenti per gli stipendi arretrati (14° e mensilità di Agosto del 2013) entro il termine di moratoria di cui all'art. 186-bis l. fall.;
- ai dipendenti per il TFR e per le eventuali differenze retributive scaturenti dalle cause in corso, al momento dell'insorgenza del debito;
- ai restanti creditori prelatizi a partire dal II semestre 2016 e fino al II semestre 2018;
- ai chirografari, pro-quota, di seguito al soddisfo dei privilegiati scaduti e fino alla fine del 2018.

4.4 LA PROPOSTA CONCORDATARIA E LA SUA CONVENIENZA PER I CREDITORI

Nonostante secondo la riformata legge fallimentare non rappresenti una necessità la dimostrazione che la proposta avanzata con il concordato possa rappresentare per i creditori l'unica soddisfacente ai fini della realizzazione di esiti a loro più favorevoli rispetto a quelli che deriverebbero dal ricorso ad un eventuale procedura fallimentare, la ricorrente ritiene che tale profilo debba comunque essere esaminato al fine di fornire una completa informazione ai creditori sulla convenienza della proposta formulata con il presente ricorso.

Pertanto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁴⁷ formatasi in relazione alla valutazione di convenienza che le norme previgenti affidavano al Tribunale ha chiarito come il concetto di convenienza deve intendersi come convenienza economica riferita tanto al grado soddisfattivo, che la procedura consente, quanto al tempo di attuazione della stessa.

La preferibilità e vantaggiosità della proposta concordataria, rispetto all'esecuzione individuale ovvero a quella fallimentare, emerge ove solo si voglia considerare che con il concordato preventivo, diversamente dall'esecuzione individuale, viene garantita la par condicio creditorum, impedendo peraltro l'acquisizione di titoli di prelazione ed evitando anche l'aggravio delle spese processuali.

L'unica alternativa possibile, la dichiarazione di fallimento, avrebbe un impatto senz'altro negativo sulla soddisfazione dei creditori.

Conseguentemente, ove mai la ricorrente non fosse ammessa alla richiesta procedura di concordato preventivo con continuità, ed in ipotesi di conseguente fallimento, l'attivo societario, alla data del 27 Agosto 2013, sarebbe in grado di soddisfare, come in precedenza accennato, solo i crediti dei dipendenti, le ritenute sindacali/pignoramento quinto su stipendi ed in parte i professionisti e CO.CO.CO,

¹⁴⁷Cassazione , sentenza del 12 Luglio 1991, n. 7790.

mentre tutti gli altri creditori non potrebbero ricevere alcun pagamento a soddisfacimento dei propri diritti. Tanto in quanto:

- nel patrimonio societario non entrerebbero i beni immobili che il Comune di Benevento si è impegnato a conferire;
- i creditori non beneficerebbero nemmeno delle risorse finanziarie che saranno generate dalla prosecuzione dell'attività d'impresa.

Peraltro, la procedura fallimentare è più lunga e più complessa del concordato, per cui a causa della durata dei tempi di liquidazione, anche i creditori con alto grado di privilegio potrebbero subire un pregiudizio.

Inoltre, a prescindere dalla durata dell'eventuale procedura liquidatoria, con ovvie conseguenze in termini di diminuzione del valore dei beni e delle inevitabili speculazioni, anche in questa ipotesi maturerebbero ingenti spese di procedura che assorbirebbero parte dell'attivo.

È poi evidente che la prospettiva di una liquidazione in sede di fallimento risulterebbe certamente più onerosa in ragione della molteplicità degli incombeni legati, tra l'altro, alla verifica dello stato passivo, così come dall'assoluta incertezza dei costi della procedura fallimentare.

Peraltro, per quanto attiene ai tempi di soddisfacimento dei creditori, il concordato può consentire una ripartizione più sollecita rispetto al fallimento potendosi pervenire alla distribuzione delle attività realizzate dalla liquidazione dei beni man mano che vengono venduti, senza dover attendere il consolidamento dello stato passivo nei tempi previsti dagli artt. 98 e ss. l. fall..

Si rappresenta, infine, che non vi sono, almeno da una prima analisi, azioni revocatorie esperibili nei termini di legge e, pertanto, l'attivo non si incrementerebbe a seguito di fallimento.

Alla luce di quanto sopra esposto, pare indubitabile la convenienza, per l'intero ceto creditorio, della procedura di concordato preventivo rispetto alla procedura del fallimento nella quale l'attivo rappresentato difficilmente potrebbe conseguire un realizzo quale quello paventato.

4.5 RELAZIONE DI ATTESTAZIONE EX ART.161 L. FALL. SULLA VERIDICITÀ DEI DATI E SULLA FATTIBILITÀ DEL PIANO CONCORDATARIO

L'articolo 161 l. fall. prevede che la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo debba essere accompagnata dalla relazione di un professionista al fine di completare il corredo informativo che accompagna il piano. La finalità è quella di fornire informazioni per valutare, da un lato, l'attendibilità dei dati contabili che la proponente ha posto a base delle elaborazioni previsionali contenute nel proponendo piano concordatario e, dall'altro, un parere professionale imparziale sulla fondatezza economica, finanziaria e patrimoniale delle assunzioni contenute nel piano medesimo.

Quanto all'indipendenza, ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lettera d, l. fall., gli attestatori della relazione, Dott. Francesco Leo e Gianluca Zollo, premettono e dichiarano di non aver alcun interesse nei confronti della ricorrente, né sono legati a coloro che hanno interesse all'operazione da rapporti di natura personale o professionali o ad altre posizioni di conflitto, che possono mettere in dubbio l'indipendenza e l'obiettività, ponendosi come terzi rispetto sia a coloro che hanno redatto il piano, sia all'amministrazione contabile della società; si è quindi proceduto alla valutazione del piano concordatario come parte terza, ricorrendo i requisiti previsti dall'art. 2399 c.c., non avendo prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.

Il contenuto della relazione, depositata in cancelleria il 1 Luglio 2014, è apparentemente triplice: veridicità dei dati, giudizio sul piano relativo all'esercizio provvisorio ed attestazione di fattibilità del piano concordatario nel suo complesso.

Il primo giudizio è stato ottenuto mediante un'attività di revisione sulla società concordataria e viene, quindi, formulata in termini di *positive assurance*, basandosi

su dati effettivi e relativi controlli eseguiti dagli attestatori secondo un procedimento di revisione dei dati, sulla loro analisi critica e sulla riesposizione delle risultanze.

È parso quindi opportuno che il contenuto dell'attestazione fosse derivabile da una *due diligence*, nel corso della quale si è dato particolare accento alla fondatezza degli assets da realizzare, alla consistenza dei beni materiali, alla salute e realizzabilità dei crediti, all'entità e alla natura del passivo.

La situazione contabile presa a riferimento è quella alla data del 27 Agosto 2013 e, trattandosi di concordato preventivo in continuità, lo stato in cui versa la società permette di adottare principi di valutazione degli assets in ipotesi di *going concern*: le componenti immobilizzate sono state valutate con criteri liquidativi pur in un'ottica di conservazione aziendale; le componenti di circolante, invece, sono state valutate con criteri di continuità.

Per valutare la convenienza o meno della proposta di concordato in relazione all'ipotesi di fallimento, gli attestatori individuano il probabile valore di realizzo conseguibile entro un termine non breve, per valutare le attività, e il criterio di presunta estinzione, per valutare le passività.

Dall'analisi complessiva della documentazione presentata dalla ricorrente non risultano annotati fatti o circostanze che possano pregiudicare le prospettive illustrate nel piano concordatario ovvero possano influenzare o condizionare il giudizio sull'esame in corso: la situazione patrimoniale presentata ed esaminata è ritenuta affidabile.

Un secondo giudizio trova presupposto nel fatto che il piano ha caratteristiche miste, ciò comportando, per la parte relativa al proseguimento dell'attività, la necessità di adottare criteri di attestazione propri dei piani di continuità, anche con riferimento alla redditività dei flussi di cassa prospettici; il tutto con il fine di fornire un giudizio indipendente di buona approssimazione sul valore previsionale dell'elaborato.

Tale giudizio è stato ottenuto mediante un'attività di *due diligence* su informazioni prospettiche del piano economico/finanziario relativo a più esercizi sociali, e viene quindi formulato, in termini di *negative assurance*, basandosi su metodologie internazionali di revisione, sull'analisi critica dell'attendibilità e della coerenza delle

assunzioni, nonché sull'accuratezza, sulla completezza e sull'adeguatezza dell'elaborato proposto dall'organo gestorio della società.

Per poter verificare la ragionevolezza delle indicazioni prospettiche dell'esercizio provvisorio, gli attestatori hanno verificato:

- l'attendibilità e la coerenza dei dati contabili utilizzati a fondamento del piano;
- il grado di attendibilità delle ipotesi alla base dello sviluppo del piano;
- la corretta e prudente applicazione dei metodi adottati dalla prassi aziendale per la previsione dei flussi di cassa attesi, legati ad un periodo di sei anni (2014/2019), non rilevando previsioni palesemente irragionevoli, illogiche o basate su mere speculazioni, tali da non dover essere accettate.

La terza parte della relazione è, infine, finalizzata a valutare se il piano concordatario, nel suo complesso, sia idoneo a consentire non tanto l'uscita dalla crisi, quanto la ristrutturazione del debito in sede di liquidazione concorsuale, nonché la soddisfazione dei creditori nella misura e con le modalità contenute nella proposta formulata dalla società debitrice.

Non si può negare che il piano è una previsione di sviluppo di una determinata situazione economica e finanziaria, e la sua attestazione di fattibilità, per quanto supportata da controlli, resta pur sempre una congettura, soprattutto qualora sia vincolata a comportamenti o a situazioni di terzi.

Dalle valutazioni effettuate dagli scriventi, il piano concordatario assume, nel suo complesso, connotati di fattibilità, nel senso che appare ragionevole e sostenuto da una coerenza complessiva del programma con la situazione di partenza, con una concreta probabilità di riuscita e realizzabile in base alle risorse previste ed integrate dal socio unico di riferimento e di quelle che si potranno concretamente realizzare dando seguito agli impegni assunti.

Sotto il profilo della monetizzazione, il piano risulta, inoltre, compatibile sia con i risultati di incasso attesi, sia con i tempi di realizzo, sia in ordine ai risultati degli esercizi futuri, sia con riferimento alle componenti attive da dismettere.

In relazione alla funzionalità della prosecuzione dell'attività di impresa al miglior soddisfacimento dei creditori sociali, infine, dalla valutazione comparativa tra l'ipotesi concordataria e quella fallimentare, gli attestatori hanno ritenuto la prima soluzione sicuramente migliorativa rispetto alla seconda, sia in termini di rispetto della par condicio, sia in termini di maggiore percentuale di crediti soddisfatti.

La relazione assolve quindi alla funzione di assicurare che:

- i creditori siano adeguatamente e correttamente informati sugli esatti termini della proposta concordataria e possano esprimere, attraverso il voto, un giudizio informato e consapevole sulla convenienza della proposta stessa;
- il Tribunale ed il Commissario Giudiziale possano svolgere adeguati controlli e valutazioni già a partire dalla fase preliminare della procedura.

4.6 IL DECRETO DI AMMISSIONE ALLA PROCEDURA DI CONCORDATO

Letto il ricorso per l'ammissione alla procedura, il Tribunale, con decreto del 16 Luglio 2014, depositato il 18 Luglio 2014, ha ammesso l'AMTS S.p.A. alla procedura di concordato preventivo misto, alle condizioni indicate nel ricorso depositato in atti; ha, inoltre, delegato alla procedura il Giudice Dott. Michele Monteleone; sono stati confermati nella nomina, quali Commissari Giudiziali, il Prof. Avv. Stefano Ambrosini, l'Avv. Giuseppe Bosco ed il Dott. Paolo Palummo e ha ordinato la convocazione dei creditori per il giorno 29 Aprile 2014.

Infine, è stato disposto il deposito presso la cancelleria del Tribunale, da parte della ricorrente, della somma di euro 50.000,00, pari al 50% delle spese che si presumono necessarie.

Il Collegio ha verificato sia la sussistenza dei requisiti generali di ammissibilità di cui all'art. 160 l. fall., sia la ricorrenza dei diversi e più stringenti presupposti di ammissibilità previsti dall'art. 186-bis l. fall..

Dall'esame della proposta concordataria, il piano, nel rispetto dei dettami del citato combinato disposto di cui agli artt. 160 e 186-bis l. fall., contiene tutti gli elementi richiesti dall'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale, in relazione sia alla sua fattibilità che alla stessa funzionalità relativa al miglior soddisfacimento dei creditori dalla prosecuzione dell'attività di impresa, intesa come valutazione prognostica dell'adempimento delle obbligazioni contemplate nello stesso.

Inoltre, è emersa la volontà della ricorrente, rispetto alla precedente proposta concordataria, di suddividere i creditori chirografari in due distinte classi, nel pieno rispetto di quanto previsto dall'art. 160 l. fall..

Il Collegio ha espresso un giudizio sul piano concordatario, affermando che quest'ultimo soddisfa i requisiti minimi necessari evidenziando:

- la sostenibilità finanziaria, ossia l'assenza di gravi squilibri finanziari durante la fase di continuazione della attività, prevedendo la creazione di un flusso di cassa positivo per il soddisfo dei creditori aziendali;
- la coerenza, vale a dire l'assenza di "fattori di incoerenza" nelle previsioni elaborate, dato che sono stati valutati con metodo scientifico ed analisi economica i nessi causali tra le intenzioni strategiche, le ipotesi poste a fondamento delle proiezioni economico-finanziarie e i dati finanziari;
- l'attendibilità, che fa riferimento alla fondatezza delle ipotesi, verificata plausibilmente dall'attestatore sulla base di ipotesi realistiche e giustificabili, che riporta i risultati attesi ragionevolmente conseguibili.

Il Collegio, tuttavia, ha evidenziato che l'impegno del Comune di Benevento al trasferimento degli immobili indicati nella proposta non è assistito da alcun atto di destinazione trascritto ai sensi dell'art. 2645-ter c.c..

4.6.1 Segue: parere dei Commissari Giudiziali in relazione alla “seconda proposta di concordato” e le osservazioni contenute nella relazione ex art. 172 l. fall.

La “seconda proposta di concordato” è stata fatta oggetto, così come la “prima”, di approfondita analisi da parte dei Commissari Giudiziali, i quali, nella propria relazione ex art. 172, hanno rilevato che:

- per ciò che attiene alla veridicità dei dati aziendali, all’esito delle verifiche effettuate, con particolare, ma non esclusivo, riferimento alla contabilità dell’impresa e ai “controlli incrociati” sulla scorta delle dichiarazioni di credito pervenute, sono emersi elementi tali da tratteggiare una tenuta della contabilità non pienamente corretta. Con riferimento alla situazione patrimoniale aggiornata, essa pare invece riflettere in maniera sostanzialmente corretta la consistenza dell’attivo e del passivo;
- sulla scorta delle informazioni acquisite, sembra da escludere l’intervenuta commissione di atti di frode a danno dei creditori tali da carpirne maliziosamente il consenso alla soluzione concordataria della crisi, ferma la facoltà del Tribunale di effettuare diverse e ulteriori valutazioni ai sensi dell’art. 173 l. fall., anche in base alle eventuali informazioni a propria disposizione circa le indagini penali in corso;
- con riferimento alla fattibilità del piano, non ci si può esimere dal rilevare che il margine di incertezza correlato alla concreta tenuta, in assenza della formale deliberazione del Consiglio Comunale, del meccanismo di “compensazione” degli eventuali minori flussi finanziari e alle prospettive di liquidazione del patrimonio immobiliare, condizionate, nell’an e, soprattutto, nel quantum, dalla mancanza di offerte di acquisto e di manifestazioni di interesse, potrebbe essere inteso, a stretto rigore, come elemento di non fattibilità giuridica del nuovo piano, pur trattandosi di questione oggettivamente controvertibile;

-
- infine, quanto all'alternativa rappresentata dalla liquidazione dei beni dell'impresa, da effettuarsi vuoi in ambito concordatario, vuoi in sede fallimentare, merita precisare, ai fini della prestazione del consenso pienamente informato da parte dei creditori, che: la prospettiva puramente liquidatoria non appare, in base alla formulazione stessa della proposta di concordato, realisticamente coltivabile, tenuto anche conto della scarsità dell'attivo, e comunque non è stata utilmente approfondita da parte della ricorrente; il piano fondato, invece, sulla prosecuzione dell'attività appare nel complesso più conveniente per la massa dei creditori globalmente intesa rispetto all'alternativa fallimentare.

In relazione alle osservazioni dei Commissari Giudiziali contenute nella relazione ex art.172 l. fall., nel cui corpo gli stessi avevano segnalato al Tribunale una serie di circostanze, ed esternate all'udienza del 4 Novembre 2014, gli stessi hanno evidenziato:

- la *“condotta non completamente collaborativa da parte della ricorrente”*, conseguente alla mancata produzione di documentazione varia, richiesta in data 14 Ottobre 2014, tra cui il prospetto relativo all'andamento dei flussi finanziari;
- la mancata adozione da parte del Comune di Benevento di alcune delibere di Consiglio relative ai beni da conferire, *“il che introduce un elemento di criticità sotto l'aspetto della fattibilità giuridica del piano”*;
- la *“durata del c.d. contratto di servizio, in forza del quale la ricorrente gestisce il servizio pubblico urbano”*;
- *“nonostante nel precedente concordato i consulenti nominati dalla Procedura avessero attribuito all'immobile sito in Via Porta Rufina il valore di euro 1.580.000,00, nell'attuale procedura è stata mantenuta la valutazione di euro 1.800.000,00, senza alcuna spiegazione al riguardo”*.

L'AMTS, completando quanto già rappresentato e provato nelle memorie di chiarimenti e con i documenti depositati alle udienze del 4 Novembre e 17 Dicembre 2014, ha superato tutti i rilievi dei Commissari, infatti:

- ha prodotto la documentazione richiesta ed ha giustificato il ritardo con valide motivazioni;
- ha depositato la delibera del 3 Dicembre 2014 n. 62 del Consiglio Comunale, con la quale sono stati elencati i beni di proprietà del Comune da conferire e sono stati superati i rilievi inerenti alla durata dei contratti di servizio;
- sono state effettuate le trascrizioni dei vincoli di destinazione sugli immobili dell'ente comunale;
- è stato messo a disposizione dei creditori il ricavato della vendita di ulteriori immobili in luogo della minore valutazione dell'immobile sito in via Porta Rufina.

4.7 MODIFICA DELLA “SECONDA PROPOSTA DI CONCORDATO PREVENTIVO”

La ricorrente, in data 3 Febbraio 2015, ha presentato una nuova proposta di concordato, anch'essa accompagnata dalla relazione degli attestatori disciplinata dall'art. 161 l. fall, i cui contenuti rispecchiano in via generale quella depositata in data 1 Luglio 2014, ad eccezione delle modifiche apportate alla “seconda proposta”, ed “edificata”, al pari della precedente, sulla base di un piano rientrante sotto lo schema del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l. fall., di cui riprende anche tutte le considerazioni relative alle risorse finanziarie da destinare al soddisfacimento dei creditori, risorse garantite dal socio unico Comune di Benevento dalla messa a disposizione di beni immobili.

Per quanto riguarda l'attivo realizzabile dalla dismissione del patrimonio dell'AMTS alla data di riferimento, la debitrice ha confermato quanto esposto nel precedente ricorso del 1 Luglio 2014, con la conseguenza che le risorse finanziarie destinate al soddisfacimento dei creditori concordatari, possono essere presumibilmente quantificate in complessivi euro 1.844.563,68.

In relazione alle risorse derivanti dall'alienazione di beni apportati da terzi, la ricorrente ha inteso adeguarsi, per il "*Parcheggio di Porta Rufina*", ai solo fini del computo dell'attivo concordatario e quindi delle percentuali offerte ai creditori, alla valutazione di euro 1.580.000,00, eseguita dai CTU dei Commissari, mettendo nel contempo a disposizione dei creditori anche il ricavato della vendita di due ulteriori immobili siti in Via Avellola, il cui valore attuale di mercato è pari ad euro 233.524,64, come da apposita perizia di valutazione redatta dall'Arch. Delia Maria Berruti.

Pertanto, le risorse finanziarie che la ricorrente ha dichiarato che saranno destinate al soddisfacimento dei creditori concordatari, ricavabili dall'alienazione degli immobili che il Comune di Benevento si è impegnato a conferire all'AMTS, subordinatamente all'omologazione del concordato, possono essere presumibilmente stimate in euro 1.810.000,00.

Un eventuale maggiore incasso derivante dall'alienazione di tali immobili sarà destinato sempre al soddisfacimento dei creditori chirografari.

Per quanto riguarda, invece, le risorse derivanti dalla continuazione dell'attività, in ossequio a quanto disposto dall'art. 186-bis, 2° comma, lettera a, l. fall., al ricorso depositato in data 1 Luglio 2014 è stato allegato un piano industriale e il totale netto dei flussi di cassa generati dalla gestione, da destinarsi al soddisfacimento dei creditori concordatari, è stato quantificato in complessivi euro 1.591.000,00 nel periodo 2014/ 2019.

L'originario *business plan*, che convenzionalmente è stato denominato "*piano A*", è basato sull'ipotesi che all'AMTS rimanga la gestione di tutti i servizi indicati, compresi anche i cosiddetti "*servizi minimi*" del TPL.

Tuttavia, successivamente alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura concordataria, ed esattamente con Decr. Dirig. 379 del 1 Novembre 2014, la Regione Campania ha indetto una gara a procedura ristretta (art. 55 D. Lgs 163/2006) per *“l’affidamento in concessione, suddivisa in cinque lotti, per la durata di nove anni dei servizi minimi di trasporto Pubblico Locale su gomma in ambito regionale”*.

La ricorrente società ha precisato che:

- la predetta gara è stata sospesa dal TAR Campania e dal dirigente competente della Regione Campania;
- in ogni caso, la Giunta della Regione Campania ha deliberato la proroga sino al 31 Dicembre 2015 degli “affidamenti di servizi TPL su gomma”;
- l’AMTS ha i requisiti per partecipare alla gara per il bacino unificato Avellino-Benevento in associazione con altre aziende;
- i servizi che eventualmente verranno posti a gara sono solo i cosiddetti “minimi”, quantificabili per il Comune di Benevento in 574.587 bus*km, rispetto ai 950.000 bus*km eserciti dalla AMTS, per cui in ogni caso, così come deciso dal Consiglio Comunale di Benevento con la delibera n. 62 del 3 Dicembre 2014, rimarranno di competenza della ricorrente i cosiddetti “servizi aggiuntivi”, quantificabili in 375.413 bus*km;
- in ogni caso, il Consiglio Comunale di Benevento, nella medesima delibera n. 62 del 3 Dicembre 2014, ha disposto di confermare l’affidamento dei restanti servizi alla stessa AMTS (trasporto pubblico locale, trasporto scolastico, parcheggi a raso e megaparcheggio) *“per il periodo previsto dal piano industriale allegato alla procedura di concordato, con previsione di affidamento anche di quelli già gestiti da soggetti terzi (Rione Ferrovia) alla scadenza dell’attuale affidamento”* e di autorizzare conseguentemente la stipula dei contratti per l’anno 2014 e per tutte le annualità previste dal piano industriale e dal piano di concordato, *“salvo diverse disposizioni legislative di carattere comunitario, nazionale e regionale”*.

Sulla base di dette premesse, l'AMTS ha provveduto ad incaricare nuovamente la Segesta S.r.l. per la redazione di un piano industriale "alternativo", convenzionalmente denominato "*piano B*", che tenesse conto del possibile cambiamento di scenario per quanto riguarda l'affidamento dei servizi minimi di TPL.

In tal modo si è effettuata quell'analisi di sensitività che costituisce un elemento obbligatorio nella redazione dei *business plan*, in quanto consente di verificare la sensibilità del progetto al mutare di alcune variabili.

Sulla base delle analisi condotte, la società ricorrente ha previsto il "*piano B*" sviluppando un nuovo conto economico ed un nuovo prospetto dei flussi finanziari di cassa per il periodo 2015/2019, il cui totale netto di flussi di cassa generati dalla gestione, da destinarsi al soddisfacimento dei creditori concordatari, è quantificabile in complessivi euro 1.416.000,00 nel periodo 2014/2019.

La ricorrente società ha precisato che l'eventuale *surplus* finanziario sarà destinato al soddisfacimento dei creditori chirografari ed a garanzia del conseguimento dei predetti flussi finanziari venienti dalla gestione, la debitrice si è dichiarata disponibile ad alienare e destinare il ricavato della vendita di ulteriori immobili, il cui valore di mercato è pari ad euro 367.130,44, così come previsto nel precedente ricorso (sei alloggi di Parco Avellola, due garage siti in via Tiengo, un immobile sito in via Torre della Catena), ad integrazione di eventuali minori flussi di cassa nel periodo 2014/2019 rispetto a quelli preventivati nel piano industriale.

In relazione al passivo, alla data di riferimento, le differenze con quanto esposto nel ricorso depositato in data 1 Luglio 2014 sono dovute:

- alla rideterminazione dei debiti tributari, a seguito della ricostruzione operata in contraddittorio da parte del consulente dell'AMTS con l'Agenzia delle Entrate e del conseguente avviso bonario del 26 Novembre 2014 (il nuovo importo è pari a euro 66.779,21);
- alla rideterminazione dei debiti previdenziali, a seguito della cartolarizzazione operata dagli Enti e dal successivo riscontro operato dal consulente dell'AMTS

sugli estratti di ruolo del concessionario della riscossione (il nuovo importo è pari a euro 363.351,10, credito privilegiato, e a euro 7.515,04, credito chirografario).

In considerazione di tali nuovi importi, si è proceduto prudentemente al calcolo degli interessi spettanti ai creditori privilegiati per un totale pari a euro 3.194.470,36. Così come previsto nel precedente ricorso, ai fini di una credibile rappresentazione delle passività da soddisfare si è inteso prevedere l'ammontare di ulteriori oneri che normalmente sorgono con l'instaurazione di una procedura di concordato preventivo. A differenza del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo depositato il 1 Luglio 2014, le spese di giustizia sono pari a euro 249.600,00.

Al tempo stesso, i creditori saranno soddisfatti con inserimento in classi di appartenenza, tre differenti, e nelle percentuali e con le modalità previste per ciascuna classe.

La proponente, sulla base di dati concretamente apprezzabili, indica ai creditori le prospettive che ritengono plausibili e questi, approvando la proposta, condividono la valutazione e quindi accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili; per la indicata percentuale la proponente non presta alcuna garanzia.

In ipotesi di affidamento all'AMTS di tutti i servizi attualmente gestiti, compresi i servizi "minimi" del TPL (c.d. "*piano A*"), si riporta a pagina 116 una tabella riepilogativa, contenente le tre differenti classi di appartenenza dei creditori, le percentuali e le modalità previste per ciascuna classe.

In ipotesi di affidamento all'AMTS di tutti i servizi attualmente gestiti, eccetto i servizi "minimi" del TPL (c.d. "*piano B*") risulta, invece, una variazione in termini di percentuale di pagamento dei creditori chirografari appartenenti alla 3° classe, pari a 63,97% e, conseguentemente, il totale da pagare per tali creditori sarà pari a euro 911.676,20. Di contro, il totale complessivo da pagare sarà uguale a euro 4.615.379,68.

Classe	Tipo creditore	Creditore	Importo credito	Totale credito classe	% pagam.	Totale da pagare	Totale da pagare
1°	Creditori prelatizi	Crediti da lavoro	2.301.757,71	3.194.470,36	100,00%	2.301.757,71	3.197.470,37
		Ritenute sindacali / Pignoramento quinto su stipendi	13.296,54		100,00%	13.296,54	
		Professionisti / CO.CO.CO.	137.839,88		100,00%	137.839,88	
		Imprese artigiane e cooperative di lavoro	45.200,42		100,00%	45.200,42	
		Istituti Previdenziali / EQUITANIA (contributi)	388.287,94		100,00%	388.287,94	
		Istituti Previdenziali / EQUITANIA (somme aggiuntive su contributi)	4.120,98		100,00%	4.120,98	
		Agenzia delle Entrate per imposte dirette (rit. acc., IRES,IRAP) e sanzioni	71.362,27		100,00%	71.362,27	
		Agenzia delle Entrate (IVA e sanzioni)	232.604,63		100,00%	232.604,63	
2°	Creditori chirografari con credito garantito da cessione di credito	ATI "Porta Rufina"	1.039.680,42	1.131.629,13	45,00%	467.856,19	509.233,11
		ENTE AUTONOMO VOLTURNO SRL	91.948,71		45,00%	41.376,92	
3°	Altri creditori chirografari	Altri creditori chirografari	1.425.197,74	1.425.197,74	76,25%	1.086.676,20	1.086.676,20
TOTALI			5.751.297,23	5.751.297,23		4.790.379,68	4.790.379,68

Al fine di una rassegna riepilogativa che rappresenti la ricostruzione resa, posta a fondamento del piano di fattibilità, si reputa, pertanto, necessario rappresentare il complesso delle poste che costituiscono le attività ed il complesso di quelle che rappresentano le passività della società nelle seguenti tabelle:

ATTIVITA'	STIMA AL 27 AGOSTO 2013
Risorse derivanti dalla gestione	
Cash flow periodo 2014/2019	1.591.000,00
Risorse derivanti dal patrimonio del debitore alla data di riferimento	
Polizza assicurativa AVIVA S.p.A.	1.062.148,40
Credito verso Tesoreria INPS	480.015,28
N. 18 autorimesse	302.400,00
Risorse derivanti dall'alienazione di beni apportati da un terzo	
Parcheggio di Porta Rufina	1.810.000,00
TOTALE ATTIVITA'	5.245.563,68

PASSIVITA'		STIMA AL 27 AGOSTO 2013
Classe	Tipo creditore	Totale da pagare
1°	Creditori prelatizi	3.194.470,37
2°	Creditori chirografari con credito garantito da cessione di credito	509.233,11
3°	Altri creditori chirografari	1.086.676,20
TOTALE PASSIVITA'		4.790.379,68

L'esame delle passività, l'assenza di ulteriori elementi dell'attivo rispetto a quelli elencati, il computo dei costi di liquidazione/procedura, e l'individuato fabbisogno necessario alla soddisfazione dei creditori secondo le legittime cause di prelazione, conduce alla prospettazione di un piano di ristrutturazione dei debiti, che prevede

l'integrale copertura delle spese di procedura, ivi comprese quelle per l'accesso alla stessa, nonché il soddisfacimento dei creditori nella misura di seguito indicata:

+	Totale attivo stimato da realizzare	5.245.563,68
-	Spese di giustizia + Spese assistenza professionale + Fondo rischi (pagamento al 100%)	455.184,00
-	Creditori assistiti da cause legittime di prelazione (pagamento al 100%)	3.194.470,37
=	Somme residue disponibili per il pagamento dei creditori chirografari	1.595.909,31
-	Creditori chirografari con credito garantito da cessione di credito Previsione di pagamento nella misura presuntiva del 50 %	509.233,11
-	Altri creditori chirografari Previsione di pagamento nella misura presuntiva del 76,25 %	1.595.909,31
=	Residuo attivo	0

Nel caso in cui, invece, a partire dall'anno 2016, fermo restando in capo alla ricorrente la gestione degli altri servizi, all'AMTS non dovessero essere più affidati i cd. "servizi minimi" del TPL, l'attivo concordatario ed il soddisfacimento dei creditori possono essere così riassunti :

ATTIVITA'	STIMA AL 27 AGOSTO 2013
Risorse derivanti dalla gestione	
Cash flow periodo 2014/2019	1.416.000,00
Risorse derivanti dal patrimonio del debitore alla data di riferimento	
Polizza assicurativa AVIVA S.p.A.	1.062.148,40
Credito verso Tesoreria INPS	480.015,28
N. 18 autorimesse	302.400,00
Risorse derivanti dall'alienazione di beni apportati da un terzo	

Parcheggio di Porta Rufina	1.810.000,00
TOTALE ATTIVITA'	5.070.563,68

+	Totale attivo stimato da realizzare	5.070.563,68
-	Spese di giustizia + Spese assistenza professionale + Fondo rischi (pagamento al 100%)	455.184,00
-	Creditori assistiti da cause legittime di prelazione (pagamento al 100%)	3.194.470,37
=	Somme residue disponibili per il pagamento dei creditori chirografari	1.420.909,31
-	Creditori chirografari con credito garantito da cessione di credito Previsione di pagamento nella misura presuntiva del 50 %	509.233,11
-	Altri creditori chirografari Previsione di pagamento nella misura presuntiva del 76,25 %	1.420.909,31
=	Residuo attivo	0

I Commissari Giudiziali evidenziano un aumento (pari ad euro 787.693,86) dell'esposizione debitoria (TFR + voce debiti) alla data del 31 Dicembre 2014 (ultima situazione contabile fornita) controbilanciata da un sostanziale simile incremento dei crediti e delle disponibilità liquide (euro 682.495,81) ed un incremento del deterioramento del patrimonio netto di circa euro 110.000,00, rispetto a quella registrata nella precedente domanda di concordato.

4.8 CONCLUSIONI

A conclusione del capitolo non può essere enunciato un giudizio completo sul caso oggetto di studio, in quanto, pur essendo trascorsi 21 mesi dall'apertura della procedura presso la cancelleria del Tribunale (in data 27 Agosto 2013 l'Azienda Mobilità Trasporti Sannio S.p.A. presenta la "*prima domanda di concordato*" con ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, oggetto poi di modifiche), lo svolgimento della procedura si trova ancora in uno stato embrionale. Infatti, in base a quanto previsto dalla normativa fallimentare, il procedimento di concordato preventivo con continuità si svolge nelle seguenti fasi:

- presentazione, con ricorso, della domanda di ammissione da parte del debitore;
- ammissione al concordato, con decreto del Tribunale;
- approvazione della proposta da parte dei creditori, con il voto favorevole di coloro che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto;
- omologazione, con decreto motivato non reclamabile da parte del Tribunale.

In base a quanto riportato nelle pagine precedenti, la procedura che interessa l'AMTS si trova ancora nella prima delle quattro fasi previste dalla normativa, in quanto la ricorrente, pur avendo presentato in data 1 Luglio un ricorso per l'ammissione alla procedura ("*seconda domanda di concordato*") ed essendo ammessa con decreto del Tribunale il 16 Luglio 2014, depositato il 18 Luglio 2014, in data 3 Febbraio 2015 ha presentato una nuova proposta di concordato ("*terza domanda di concordato*"), apportando le modifiche di cui si è detto.

Tuttavia, pur nell'impossibilità di poter esprimere un giudizio completo, rimane confermata la scelta del caso oggetto di studio, in quanto, attraverso lo stesso lo scrivente ha osservato la pratica e la prassi, seppur relativa alle fasi iniziali, trovando piena collazione rispetto a quanto trattato nei precedenti capitoli, dal punto di vista teorico.

Ciononostante, alla luce del reiterato utilizzo delle procedure di concordato che hanno visto coinvolta l'AMTS, si ritengono opportune alcune considerazioni in merito alla nota e discussa questione dell'abuso del diritto in ambito concordatario. L'istituto del concordato non si sottrae, al pari degli altri istituti, ai limiti ricavabili dai principi generali dell'ordinamento, a cominciare dal divieto di abuso del diritto e, tuttavia, non sembra possibile sottrarsi, nell'interpretazione del dato normativo, dalla considerazione che una soluzione negoziata della crisi che autorizzi il proponente ad abdicare unilateralmente alla domanda di concordato, non al fine di abbandonare la strada della composizione negoziale della crisi per rassegnarsi al fallimento, ma proprio per persistere nella ricerca di una soluzione concordataria, possa essere, in concreto, volta a comprimere le aspettative del ceto creditorio e, conseguentemente, tacciata di abusività.

Infatti, come rilevato dalla Corte d'Appello di Milano¹⁴⁸ si ha abuso del diritto quando *“l'esercizio di un diritto nel caso concreto finisce per disattendere le finalità che ne giustificano l'attribuzione o, comunque, finisce per risolversi in situazioni che l'ordinamento non dovrebbe ammettere”*. A parere della Corte, quindi, un atto di esercizio del diritto è abusivo se il titolare:

- *ha intenzionalmente creato un danno ad altri facendosi schermo dell'apparente legittimità della propria condotta offerta dal diritto;*
- *nella valutazione del calcolo economico ha peggiorato la situazione di un altro soggetto senza sostanzialmente migliorare la propria;*
- *ha esercitato il diritto deviando dalla sua funzione tipica, dalla sua ragion d'essere, dai principi dell'ordinamento.*

Considerando questo orientamento, non pare agevole affermare che l'iniziativa dell'AMTS possa essere fondatamente tacciata di abusività, atteso che:

- pur essendosi verificato un certo “arretramento” della tutela dei creditori, quantomeno sotto il profilo temporale, attraverso la *“terza domanda di concordato”* formulata dall'AMTS, si propone di migliorare il livello di

¹⁴⁸Tribunale di Milano, App. del 21 Febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

soddisfacimento prospettato, ampliando ulteriormente la differenza rispetto al fallimento e, di conseguenza, accrescendo la convenienza della soluzione negoziale della crisi;

- la modifica della precedente domanda di concordato pare comunque orientata alle finalità previste dalla legge, senza che ciò si presti al perseguimento di scopi diversi.

Non a caso, anche quella dottrina¹⁴⁹ che più di altre ha messo in guardia dai rischi di un ricorso all'infinito dell'*automatic stay* si è pronunciata per l'ammissibilità della nuova domanda di concordato, purché completa di tutta la necessaria documentazione, successiva ad altra domanda di concordato non andata a buon fine, dichiarando l'ammissibilità sia nel caso in cui alla presentazione di una prima domanda di pre-concordato non andata a buon fine segua la presentazione di una domanda di concordato preventivo definitiva, anche nei due anni, sia nel caso in cui alla presentazione di una prima domanda di concordato preventivo, non andata a buon fine, segua la presentazione di una nuova domanda di concordato preventivo, anche nei due anni.

¹⁴⁹Lamanna F. (2013), *Possibilità di consecutio solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, Rivista Il Fallimentarista.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

Argenzio R. (2013), *Il concordato preventivo in continuità aziendale*, Rivista Bilancio e reddito d'impresa.

Azzarro A. M. (2007), *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, Rivista Il fallimento e le altre procedure concorsuali.

Baldini Confalonieri A. (2014), *La continuità aziendale nel concordato preventivo*, Rivista Il nuovo diritto delle Società.

Baroni D. (2004), *Enti locali e aziende di servizi pubblici. Assetti e processi di Governance*, Giuffrè Editore, Milano.

Borgonovi E., Fattore G., Longo F. (2009), *Management delle istituzioni pubbliche*, Egea, Milano.

Brosio G. (2010), *Economia pubblica moderna*, Giappichelli Editore, Torino.

Brugger G. (2007), *Sub art. 160, profili aziendali*, Rivista Il nuovo diritto fallimentare.

Canale G. (2011), *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, Rivista Giurisprudenza commerciale.

Capalbo F. (2012), *L'equilibrio instabile delle società partecipate pubbliche tra insolvenza genetica e ricapitalizzazioni per perdite: le responsabilità dei sistemi contabili*, Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale.

Capaldo F., *Insolvenza delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche: aspetti introduttivi*, in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano.

Capalbo F., *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, Responsabilità amministrativa, in www.respamm.it.

Caringella F. (2010), *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Editore.

Carosi A., in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano.

Catania E., Cipoletta I., Gnudi P., Iozzo A., Mincato V., Poli R., Micoss S., Rapporto di Assonime dal titolo *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, pubblicato nel Settembre 2008, in www.assonime.it.

Cendon P. (2004), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Pubblica amministrazione e settori emergenti*, Utet, Torino.

Cerioni F. (2014), *Società in house providing. La Cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle “società pubbliche” iniziando da quelle “in house”, Le società*, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

Cetra A. (2003), *L'impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, Torino.

Croci C. (2014), *I debitori non fallibili: alternative e punti critici del nuovo diritto fallimentare (atti). Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile e amministrativa e contabile, nei casi di crisi e di insolvenza*, Rivista Il nuovo diritto delle Società.

D'Attorre G., *Gli enti di natura pubblica*, in Sandulli M. (2007), *I soggetti esclusi dal fallimento*, Milano, Ipsoa.

D'Attorre G. (2014), *Società pubbliche. La fallibilità delle società in mano pubblica*; il Fallimento 5/2014.

De Valles A. (1924), *I servizi pubblici*, in Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano, Milano.

Di Marzio F., *Insolvenza dell'imprenditore e crisi dell'impresa*, in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano.

Di Pace M. (2012), *Crisi d'impresa e soluzioni manageriali, extragiudiziali, giudiziali e concorsuali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.

Di Pace M. (2012), *Il concordato preventivo: un'ulteriore soluzione alla crisi*, Rivista PMI.

Elefanti M., Cerrato D. (2008), *La governance delle imprese pubbliche locali*, in Mele R. (a cura di) *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Il Mulino, Bologna.

Fazioli R., Donati D. (1996), *La trasformazione in società per azioni delle aziende pubbliche locali: una riflessione sulle opportunità ed i rischi della privatizzazione formale*, Rivista Economia delle fonti di energia e dell'ambiente.

Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano.

Fimmanò F. (2013), *Il fallimento delle “società pubbliche”*, Crisi d’impresa e fallimento, in www.ilcaso.it.

Fimmanò F. (2014), *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, Crisi d’impresa e fallimento, in www.ilcaso.it.

Fimmanò F. (2014), *Società pubbliche. La giurisdizione sulle “società in house providing”*, Le società, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

Fimmanò F. (2014), *Contratti d’impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali.

Finardi D. e Sandrini G. (2013), *La deroga alla par condicio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento dei debiti pregressi*, in www.ilcaso.it.

Fiorani L. E. (2012), *Società “pubbliche” e fallimento*, Giur. comm., Juris Data, in www.giuffre.it.

Fontana F., Rossi M. (2009), *Requisiti e limiti delle società in house*, Guida agli enti locali. Il sole 24 ore.

Franchini (2000), *L’organizzazione*, in Cassese, Trattato di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, Vol.1.

Guzzo G. (2009), *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè Editore, Milano.

Ibba C. (1992), *Le società legali*, Torino.

Ibba C. (2010), *Le società a partecipazione pubblica oggi*, Rivista Il Nuovo diritto delle società.

Ibba C., Malaguti M. C., Mazzoni A. (2011), *Le società “pubbliche”*, Giappichelli Editore, Torino.

Imparato L. (2014), *L'esenzione dal fallimento delle società in house*, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

Iori M. (2012), *Concordato con continuità aziendale*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio.

Lamanna F. (2011), *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, Rivista Il Fallimentarista.

Lamanna F. (2012), *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo” in vigore dal 12 agosto 2012*, Giuffré Editore, Milano.

Lamanna F. (2013), *Possibilità di consecutio solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, Rivista Il Fallimentarista.

Lamperti M. (2007), *Il nuovo concordato preventivo quale strumento versatile per evitare il fallimento*, Rivista PMI.

Lanciani A. (2010), *La natura della società in house tra pubblico e privato*, Rivista Il nuovo diritto delle Società.

Marinucci E. (2013), *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, Rivista Diritto Processuale.

Mulazzani M. (2005), *La governance dell'ente locale tra indirizzo e controllo strategico sulle società per azioni dei servizi pubblici locali*, in Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale di Novembre-Dicembre.

Nico M. (2009), *Aziende pubbliche, il giro di affari a due velocità*, Rivista Guida agli enti locali. Il sole 24 ore.

Nisivoccia N. (2014), *Il concordato preventivo, con particolare riferimento all'ipotesi di continuità aziendale*, Rivista Bilancio, vigilanza e controlli.

Pallotta A. (2008), *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario.

Parisio V. (2013), *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa. Public local services management, public resources safeguard and cost containment*, Rivista Il Foro amministrativo – TAR.

Pellegatta A. (2013), *La gestione delle crisi d'impresa e il ricorso al concordato preventivo*, Rivista Bancaria.

Penta A. (2012), *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali.

Pica L. (2007), *Il concordato preventivo: da misura premiale a strumento per la salvaguardia dell'azienda?*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali.

Pischel G. (1972), *L'azienda municipalizzata*, Cispel, Roma.

Pototoshnig U. (1964), *I pubblici servizi*, Padova.

Pullano L., Fortis M.(2008), *Enti locali e aziende di servizi pubblici: assetti e processi di governance*, Rivista la Finanza Locale.

Racugno G. (2009), *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, Rivista Giurisprudenza commerciale.

Ratti G. (1996), *La privatizzazione delle aziende pubbliche locali*, Rivista Studi economici e sociali.

Ravazzin C. (2012), *Concordato preventivo più snello per la tempestiva risoluzione della crisi d'impresa*, Rivista Corriere tributario.

Resta D. (1983), *Profili giuridici della società per azioni a partecipazione comunale*, Rivista T.A.R..

Ricciuto V. (2013), *Sulla sorte dei contratti nel concordato in continuità*, Rivista di Diritto dell'impresa.

Rossi A. (2013), *Concordato in continuità*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio.

Rossi A. (2013), *Concordato in continuità: nuovi approcci interpretativi*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio.

Scarafoni S., *L'esclusione degli enti pubblici dalla soggezione al fallimento*, in Fimmanò F. (2011), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè Editore, Milano.

Schiano di Pepe G. (2012), *Il concordato preventivo con “continuità aziendale” nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali.

Stanghellini L. (2013), *Il concordato con continuità aziendale*, Rivista Il fallimento.

Stanzione P., Saturno A. (2006), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova.

Tenore V. (2010), *La giurisdizione della Corte dei conti sulle S.p.A. a partecipazione pubblica*, Rivista Foro amministrativo, Juris Data, in www.giuffre.it.

Terranova G. (2013), *Le nuove forme di concordato*, Giappichelli Editore, Torino.

Vagnoni S. (1992), *Le responsabilità nelle amministrazioni Statali e negli enti locali*, Giuffrè Editore, Milano.

Visentini G. (1979), *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano.

Vitiello M. (2013), *Le soluzioni concordate della crisi di impresa. Il nuovo concordato preventivo: modello "ordinario" e modello con continuità aziendale. I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti es art. 182 bis l. fall.. La centralità del professionista attestatore e la sua indipendenza: responsabilità civile e penale per attestazione non conforme. La sentenza delle Sezioni Unite n. 1521 del 2013*, Giuffré Editore, Milano.

Giurisprudenza

Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 4991 del 1995; Sez. Un., n. 7799 e n. 9096 del 2005; Sez. Un., n. 17287 del 2006; Sez. Un., n. 19 Dicembre 2009, n. 26806 e n. 519 del 15 Gennaio 2010; Sez. Un., 7177 del 26 Marzo 2014, in www.cortedicassazione.net.

Corte di Cassazione, Sentenza del 10 Gennaio 1979, n. 58; Sentenza del 12 Luglio 1991, n. 7790; Sentenza del 27 Settembre 2013, n. 22209; Sentenza del 25 Novembre 2013, n. 26283, in www.ilcaso.it.

Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, Deliberazione n. 13/2008 e n. 14/2010.

Corte dei Conti, Sez. Contr. Reg. Calabria, 14 giugno 2012, n.84.

Corte Costituzionale, sentenza del 1 agosto 2008 n. 326.

Corte di Giustizia Europea, Sentenza 15 Gennaio 1998; Sentenza Teckal del 18 Novembre 1999; Sentenza del 22 Maggio 2003.

TAR Veneto, 31 Marzo 2008, n. 788; TAR Lazio, 5 Giugno 2007, n. 5192; TAR Lombardia, 27 Dicembre 2007, n. 1373.

Tribunale di Alessandria, decreto del 9 Luglio 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Avezzano, decreto del 26 Luglio 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Biella, decreto del 13 Novembre 2012; in www.ilcaso.it.

Tribunale di Bolzano, decreto del 27 Febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Catania, decreto del 26 Marzo 2010, in www.ilcaso.it.

Tribunale di La Spezia, decreto del 21 Marzo 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Milano, 20 Settembre 2012, in Rossi A. (2013), *Concordato in continuità: nuovi approcci interpretativi*, Rivista Guida alla contabilità & bilancio; in Penta A. (2012), *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, Rivista Il diritto fallimentare e delle società commerciali; App. del 21 Febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Modena, 15 Dicembre 2012, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Monza, decreto del 16 Gennaio 2013, decreto dell'11 Giugno 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Napoli, App. del 15 Luglio 2009, decreto del 31 Ottobre 2012, Sez. I App. del 24 Aprile n. 57 e del 27 Maggio 2013, n. 346, in www.ilcaso.it e www.fallimento.it.

Tribunale di Palermo, decreto dell'11 Febbraio 2010; decreto dell'8 Gennaio 2013, in www.osservatorio-oci.org.

Tribunale di Patti, decreto del 6 Marzo 2009, in www.osservatorio-oci.org; decreto del 12 Novembre 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Ravenna, decreto del 24 Dicembre 2012, in www.ilcaso.it.

Tribunale di S. Maria Capua Vetere, decreto del 9 Gennaio 2009, decreto del 22 Luglio 2009, in www.fallimento.it.

Tribunale di Terni, decreto del 28 Gennaio 2013, 2 Aprile 2013, decreto del 12 Febbraio 2013, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Torino, App., decreto del 15 Febbraio 2010, in www.fallimento.it.

Tribunale di Velletri, decreto dell'8 Marzo 2010, in www.ilcaso.it.

Tribunale di Verona, decreto del 31 Ottobre 2012, in www.ilcaso.it.

SITOGRAFIA

<http://www.assonime.it/>

<http://www.confindustria.it/>

<http://www.corteconti.it/>

<http://www.cortedicassazione.net/>

<http://www.documenti.camera.it/>

<http://www.fallimento.it/>

<http://www.giuffre.it/>

<http://www.ilcaso.it/>

<http://www.ilsole24ore.com/>

<http://www.osservatorio-oci.org/>

<http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it/>

<http://www.respamm.it/>

<http://www.treccani.it/>