

## **I CONFINI DEGLI ENTI PUBBLICI SOTTRATTI ALLE PROCEDURE CONCURSUALI**

di Vincenzo Gunnella

**1.La situazione normativa ante Testo Unico delle Società Partecipate (cd. Legge Madia) - 2. Il Testo Unico delle Società Partecipate (TUSP) - 3. Il Codice della Crisi d'Impresa - 4.Gli strumenti di allerta e prevenzione della crisi, le misure cautelari e protettive applicabili alle società pubbliche - 5. La Legge Madia - 6. Le modifiche nel Codice della Crisi - 7. Come si conciliano TUSP e codice della crisi**

### **1.La situazione normativa ante Testo Unico delle Società Partecipate (c.d. Legge Madia)**

Art. 2221 c.c.: *Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali.*

L'esclusione dal fallimento può valere solo per gli enti pubblici ma non per le società pubbliche.

Art. 1 Legge Fallimentare: *Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.*

Anche questa norma riproduce la medesima esclusione, quindi sembrerebbe che le società a partecipazione pubblica fossero soggette alle procedure concorsuali senza alcun dubbio; tuttavia qualcuno ha dubitato in passato:

#### -1) Tesi tipologica-pubblicistica

Qualificando le società pubbliche come enti pubblici tout cour; è la tesi di una giurisprudenza di merito dei primi anni 2000, che valorizza indici di una sostanziale natura di ente pubblico (partecipazione totalitaria, finalità di interesse pubblico, ingerenza nell'amministrazione da parte dell'ente pubblico, ecc.) e fa richiamo alla nozione di "organismo di diritto pubblico" elaborata in materia di contratti pubblici.

A questa ricostruzione si obietta, come ha fatto la Cassazione, che non si può attribuire la qualifica di enti pubblici ad altri soggetti perchè gli enti pubblici devono essere istituiti per legge (art.4 L.70/1975); e che non si possono sottrarre alla disciplina codicistica le società pubbliche perchè la norma di chiusura del sistema, costituita dall'art. 4, comma 13 della L.95/2012 non lo consente (*Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di*

*carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali);*

Altra obiezione che è stata fatta è che equiparando la società pubblica all'ente pubblico si potrebbero perdere i benefici di limitazione della responsabilità in quanto i creditori potrebbero rivalersi sull'ente direttamente, ed al tempo stesso si alterano le regole del mercato danneggiando i players privati.

Vi è poi il sotto-problema delle società *in house*, che costituiscono un'eccezione alla regola della gara pubblica, giustificata da due requisiti: un controllo analogo a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi, e la prevalenza dell'attività esercitata nei confronti dell'ente affidante; non vi è più il requisito della totalità del capitale, in quanto possono parteciparvi privati, purchè non abbiano controllo o potere di veto o un'influenza dominante; la Cass. SU (26283/2013) ha riconosciuto la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società *in house*, e da qui il salto a escludere la fallibilità di queste società è stato breve; tuttavia anche questa tesi è stata criticata soprattutto perchè potrebbe esservi un problema di pregiudizio per l'affidamento dei terzi.

#### -2) Tesi funzionale

Si utilizza l'interpretazione analogica invocando identità di ratio e di interessi protetti: alcune società a partecipazione pubblica sono "necessarie" per la funzione che svolgono e quindi non possono fallire, dovendo garantire un servizio pubblico.

Questa tesi vuole lasciare al giudice la valutazione, caso per caso, se sussistano ragioni di interesse pubblico che impongano la sottrazione al fallimento della società; il discrimine dovrebbe essere il carattere necessario dell'esistenza della società.

Anche a questa ricostruzione ha risposto la Cassazione obiettando che non è possibile analogia perchè le norme sono di carattere eccezionale e non vi è lacuna di legge; e comunque è da dimostrare che quel servizio pubblico deve essere reso da quella specifica società ed inoltre si dovrebbero escludere dal fallimento anche le società private che gestiscono servizi pubblici.

#### -3) Tesi dell'assenza del carattere commerciale dell'attività esercitata

Vi è stato poi chi ha sostenuto che, stante la mancanza di carattere commerciale per l'attività esercitata, le società pubbliche non potessero essere assoggettate a procedure concorsuali.

Qui si è obiettato che la verifica della natura dell'attività esercitata è preclusa quando si tratti di una società che per statuto persegue lo svolgimento di una attività commerciale

Conclusivamente già prima delle Legge Madia poteva dirsi abbastanza consolidata la tesi di chi riteneva che la decisione dell'ente pubblico di ricorrere, per l'esercizio di un'attività di impresa, allo strumento societario, implica la conseguenza dell'assoggettamento alle regole proprie dello strumento scelto e quindi la fallibilità, senza alcuna eccezione.

## **2.II Testo Unico delle Società Partecipate (TUSP)**

Il dettato normativo fornisce anzitutto una chiara definizione delle varie fattispecie che ci interessano:

«amministrazioni pubbliche»: le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale

«società a partecipazione pubblica»: le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico;

«controllo»: la situazione descritta nell' articolo 2359 del codice civile . Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo;

«società in house»: le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3;

16.1. Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

16.3 Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

«controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando

un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante;

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

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

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

Riassumendo:

la categoria generale è quella delle società a partecipazione pubblica (diretta o indiretta), mentre le società a controllo pubblico sono una sub-categoria delle società a partecipazione pubblica, e a loro volta le società in House sono una species delle società a controllo pubblico.

Dopo aver individuato le fattispecie, la Legge Madia introduce un principio che chiarisce definitivamente la questione di cui stiamo trattando:

*Art. 14 comma 1<sup>^</sup>: Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*

Questa soluzione vale anche per le società in House, non solo perchè vi è un rapporto di genus a species tra le due fattispecie, ma anche perchè lo confermano la Relazione Illustrativa ("*le osservazioni volte a sottrarre le società in house al diritto comune della crisi d'impresa non sono state accolte*"), ma soprattutto il tenore del 6<sup>^</sup> comma: "*nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita*"

Possiamo fare qualche osservazione e trarre alcune prime conclusioni:

- anche per le società a controllo pubblico valgono le soglie dell'art.1 e la qualificabilità della società come impresa commerciale;

- non si possono più addurre motivi per sottrarre all'assoggettabilità le società in house, quali la circostanza che operano a favore del socio e quindi non sarebbero imprenditori;
- non sembrano applicabili alle società a controllo pubblico le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, mentre lo sono gli accordi di ristrutturazione dei debiti (182 bis LF), che rientrano concettualmente nell'ambito delle procedure concorsuali

### **3. Il Codice della Crisi d'Impresa**

Art.1 Comma 1 *Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.*

Il legislatore espressamente considera il fenomeno della crisi d'impresa con riferimento alle società pubbliche, eliminando i dubbi interpretativi che erano sorti nel vigore della legge fallimentare; leggendo oggi il tenore dell'art. 1 del Codice e il disposto della legge Madia, abbiamo finalmente certezza della fallibilità delle società pubbliche.

Nel nostro intervento cercheremo di individuare quali siano le compatibilità tra Codice delle Crisi e Testo Unico delle Società a partecipazione pubblica, stante che nel Codice non vi è una specifica disciplina per le società pubbliche e che la sua entrata in vigore deve ancora avvenire.

### **4. Gli strumenti di allerta e prevenzione della crisi, le misure cautelari e protettive applicabili alle società pubbliche**

Alcune osservazioni preliminari sui nuovi strumenti di allerta e prevenzione della crisi previsti prima dalla Legge Madia e poi dal Codice della Crisi; l'introduzione di questi strumenti segue un indirizzo più generale, derivato dalla legislazione comunitaria, che impone al soggetto responsabile di una struttura di dotarsi di una organizzazione adeguata al fine di valutare e prevenire i rischi cui la struttura che gli è affidata può essere esposta; possiamo fare gli esempi della normativa in materia di privacy, della normativa in materia di lotta al riciclaggio, del Modello Organizzativo ex D.Lgs. n. 231/2001, del Piano Anticorruzione ex L. 190/ 2012; il dato comune a queste normative è che non vengono definite a priori regole dettagliate, la cui applicazione potrebbe risultare difficile per realtà tra loro eterogenee, ma si rimette alla responsabilità del soggetto obbligato (in specie, per le società all'organo gestorio) di effettuare una valutazione del

rischio, e conseguentemente di adottare una organizzazione adeguata al fine di prevenirlo.

In questo quadro possono leggersi:

- l'art. 3, comma 2 del Codice:

*L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell' articolo 2086 del codice civile , ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.*

Il nuovo comma 2 dell'art. 2086 c.c.:

*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.*

L'imprenditore, sia esso un privato, o, come nel nostro caso una società pubblica, deve quindi organizzarsi per prevenire reati, per prevenire la corruzione, ed ora anche per prevenire uno stato di crisi: risulta quindi evidente che occorre pensare a sistemi integrati di organizzazione, capaci di dialogare e mettere a sistema, con le specificità del caso, le varie necessità organizzative.

## **5. La Legge Madia**

Art. 6, comma 2. *Le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4.*

Art. 14, comma

*2. Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.*

*3. Quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell' articolo 2409 del codice civile*

*4. Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2 (rectius 2 e 3), la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un*

*aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5 (meglio 6?).*

Alcune osservazioni:

- la legge Madia non fornisce nè definizione, nè contenuto, nè modello del programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, nè della relazione sul governo societario; non definisce gli indicatori di crisi, nè la crisi aziendale, non specifica se il programma di valutazione del rischio sia parte o meno del bilancio di esercizio;
- sembrano convivere, per le società a partecipazione pubblica, regole analoghe a quelle proprie del settore pubblico per alcuni settori di attività (quelli in cui assumono rilievo gli interessi pubblici) e regole privatistiche per l'organizzazione e il funzionamento, ma questo non dovrebbe portare a configurare un tipo sociale di diritto speciale;
- volendo leggere questi strumenti in coordinamento con quelli previsti dalla Legge Fallimentare attualmente vigente, questi strumenti appaiono specifici e da attivare prima di quelli previsti dalla Legge Fallimentare; sono comunque previsti solo per le società a controllo pubblico e non per quelle a partecipazione pubblica in genere;
- quanto alla ratio dell'art. 6 comma 2, può rilevarsi che il socio pubblico ha un ruolo di direzione, e per questo deve essere informato in assemblea di ciò che può influire sulla valutazione del rischio aziendale;
- quanto ai provvedimenti da adottare (comma 2 e 3) benchè non si dice in cosa debbano consistere, in positivo devono essere organici, devono far parte di un programma che consenta di uscire dalla crisi, e, in negativo, non possono essere quelli di cui al comma 4;
- come si coordinano il comma 2 e il comma 4? La migliore lettura è quella di ritenere uguali il piano di risanamento e il piano di ristrutturazione aziendale
- c'è differenza tra piano di risanamento (comma 4) e piano attestato di risanamento (67 comma 3 LF)? Sì, il primo vuole risolvere una crisi economica, il secondo una crisi finanziaria; ma soprattutto è diversa la procedura --> attestatore indipendente nel 67, oltre all'effetto protettivo; tuttavia non è escluso che si possano cumulare i due piani.

Ricostruzione della disciplina cumulata:

Se si manifesta una crisi aziendale l'organo amm.vo deve predisporre un piano di risanamento, e può prevedere un ripianamento delle perdite da parte dell'ente pubblico di riferimento solo se approvato dall'Autorità di regolazione del settore.

Se la società a controllo pubblico per tre esercizi consecutivi registra perdite di esercizio o utilizza riserve per ripianamento di perdite anche infrannuali, l'ente pubblico incontra dei vincoli (v. comma 4) nel deliberare in merito.

## **6. Le modifiche nel Codice della Crisi**

La Legge Madia ha quindi non solo risolto la questione della fallibilità delle società pubbliche, ma anche anticipato le scelte del Codice della Crisi, prevedendo l'introduzione di meccanismi di emersione anticipata della crisi d'impresa.

Essendo però le discipline adottate tra loro diverse, rimane il dubbio se, con l'entrata in vigore del Codice, le società pubbliche siano soggette cumulativamente ad entrambe le discipline, ovvero se debba prevalere, per loro, la disciplina speciale del TUSP

Sembra debba prevalere la tesi dell'applicazione congiunta, anche perchè il legislatore delegato, quando ha voluto, ha previsto le esclusioni espresse dall'applicazione degli strumenti di allerta (v. art. 12 comma 5), e non averlo fatto per le società pubbliche deve avere un significato.

## **7. Come si conciliano TUSP e codice della crisi**

Riguardo ai meccanismi di prevenzione e allerta della crisi:

- 1) La ratio delle due discipline è identica = evitare che la crisi si propaghi e si trasformi in insolvenza
- 2) Gli interessi tutelati sono differenti = interesse pubblico per le società pubbliche, interesse alla sopravvivenza dell'azienda per le altre
- 3) L'interesse del ceto creditorio è identico, e giustifica l'intervento dell'ordinamento volto ad evitare il fallimento dell'impresa, e quindi stimolare una reazione dell'imprenditore che possa garantire un ordinato svolgimento delle relazioni commerciali
- 4) L'organo gestorio ha un ruolo primario in entrambe --> deve predisporre assetti organizzativi idonei, anche se nelle società pubblica va valutata l'ingerenza del socio pubblico; ad esempio, il socio pubblico potrebbe prendere iniziative di carattere assistenziale che potrebbero far indugiare l'amministratore ad attivare i meccanismi di risanamento; oppure nella legge Madia mancherebbe il meccanismo di allerta "esterno", perchè non vi è l'obbligo per i creditori pubblici

qualificati di segnalare agli organi di controllo il perdurare di inadempimenti di importo rilevante

5) Nel Codice l'emersione di indizi della crisi attiva una procedura per così dire "esterna" in quanto si prevede il coinvolgimento di organismi esterni alla società; nel TUSP invece è l'organo di amministrazione a dover compiere tutte le operazioni connesse (valutazione del rischio, definizione degli indicatori di crisi, redazione del piano di risanamento), il tutto giustificato dalla natura dell'interesse tutelato dalla norma

6) Occorre considerare le conseguenze che una liquidazione giudiziale può comportare per una società pubblica affidataria della gestione di un servizio pubblico:

- la gestione passa al curatore, che deve contemperare le esigenze di continuità del servizio pubblico con quelle della procedura;
- in questo modo si affievolisce il controllo dell'ente pubblico sulla società;
- se si tratta di una società in house, viene sostanzialmente meno il controllo analogo, quindi si dovrebbe dubitare che possa mantenersi in vita l'affidamento in via diretta del servizio;

Conclusivamente: emerge la necessità di sviluppare una interpretazione che consenta un bilanciamento degli interessi in gioco.