

Università degli Studi di Pisa



Dipartimento di Economia e Management
Corso di Laurea Magistrale in Consulenza Professionale alle Aziende

Tesi di Laurea

**Società *in house providing* e fallimento:
un difficile equilibrio fra pubblico e privato**

CANDIDATA:
Beatrice Casaccia

RELATORE:
Prof.ssa Amal Abu Awwad

Anno Accademico 2013/2014

Indice

Premessa	4
-----------------------	---

Capitolo 1

Le società “in house providing”

1.1. La società <i>in house</i> : uno strumento imprenditoriale per lo Stato ed enti pubblici.....	6
1.2. Le differenze rispetto ad una “normale” società di capitali.....	8
1.2.1. Il controllo analogo	11
1.2.2. Il controllo operativo economico.....	15

Capitolo 2

I criteri per la qualificazione delle società *in house* tra le società di capitali o gli enti pubblici

2.1. Il metodo tipologico	18
2.2. Il metodo funzionale.....	24

Capitolo 3

Sulla fallibilità delle società *in house*: studio della prassi

3.1. Orientamento contrario: la società <i>in house</i> è una <i>longa manus</i> dell’ente pubblico.....	29
3.2. Orientamento favorevole: la società <i>in house</i> è una società di capitali.....	38
3.3. Il requisito dell’imprenditorialità prevale sulla natura: il terzo orientamento	46

Capitolo 4

Gli interessi tutelati dai diversi orientamenti

4.1. La prosecuzione dell’attività e l’evitato subentro dell’autorità giudiziaria nella P.A.....	52
4.2. La propagazione della crisi e la tutela dell’affidamento dei terzi.....	55

Conclusioni	60
--------------------------	----

Bibliografia	67
---------------------------	----

Premessa

Il lavoro in oggetto si propone di tracciare i contorni del dibattito che, in tempi recenti, ha interessato sia la giurisprudenza che la dottrina, relativamente a quale debba essere la sorte riconosciuta alle società c.d. *in house providing* ai fini della normativa fallimentare. A tale proposito, si deve osservare, che la struttura dell'elaborato si compone di quattro capitoli. Il primo affronta in termini generali l'"architettura" delle società suddette al fine di meglio comprendere le particolarità che le rendono tanto vicine alla nozione di ente pubblico, quanto distanti dalla definizione che siamo soliti attribuire al contratto di società. Si procede poi all'analisi di quei criteri adottati dalla dottrina per tentare una classificazione "a monte" delle società *in house* tra i soggetti di natura privata, piuttosto che tra quelli di natura pubblica, al fine di identificare "a valle" la disciplina loro applicabile. Negli ultimi due capitoli, invece, l'aspetto "astratto" della questione in oggetto è stato trascurato per una maggiore valorizzazione del dato concreto, rappresentato dalla prassi giurisprudenziale; volendosi raggiungere l'obiettivo di individuare i principali orientamenti in materia di fallibilità delle società *in house providing*.

È doveroso precisare che, per la stesura dell'elaborato, si è resa necessaria la consultazione e, talvolta, la citazione di pubblicazioni rese da parte di esperti della materia¹, nonché delle pronunce giurisprudenziali² dei tribunali fallimentari

¹ Tra questi, preme citare: OCCHILUPO R., *Le società in house in Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p. 525; D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 715 e ss.; D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile* in *Il Fallimento*, 2010, p. 691 e ss.; D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 493 e ss. SALVATO L., *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house* in *Il Fallimento I*, 2014, p. 38; FIMMANO' F., *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* in *Il Fallimento*, 2013 p. 1290 ss.; FIMMANO' F., *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza* in *Crisi d'impresa e fallimento*, 8 aprile 2014; FIMMANO' F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011;

italiani; questo al fine di ricostruire un quadro della questione in esame il più possibile fedele e coerente con la realtà.

² Tra questi, i principali: Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, disponibile in www.unijuris.it; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 21 luglio 2009; Corte di Appello di Torino, 15 febbraio 2010; Tribunale di Palermo, 8 gennaio 2013; Tribunale di Velletri, 8 marzo 2010; Tribunale di Catania, 26 marzo 2010; Tribunale di Palermo, 8 gennaio 2013; Tribunale di Avezzano, 26 luglio 2013; Tribunale di Verona, 19 dicembre 2013; Tribunale di Napoli, 9 gennaio 2014; Tribunale di Modena, 10 gennaio 2014; Tribunale di Palermo, 13 ottobre 2014; disponibili su www.ilcaso.it.

Capitolo 1

Le società in house providing

1.1. La società *in house*: uno strumento imprenditoriale per lo Stato ed enti pubblici

L'ordinamento italiano garantisce che l'iniziativa imprenditoriale possa essere esercitata sia dai soggetti di natura privata, che da quelli di natura pubblica come lo Stato e gli altri enti pubblici³. In particolare, il sistema italiano conosce tre diverse configurazioni giuridiche che rendono possibile l'intervento dei pubblici poteri nel settore economico: le imprese "organo", gli enti pubblici economici e le società partecipate. Alle prime due ipotesi, nell'ambito delle quali l'attività imprenditoriale viene svolta dalla pubblica amministrazione avvalendosi di proprie strutture organizzative oppure attraverso la costituzione di enti *ad hoc*, si affianca una terza strada percorribile: lo svolgimento dell'attività d'impresa con il ricorso a strutture di diritto privato attraverso la costituzione di (o la partecipazione in) società di capitali⁴. L'art. 113 del T.u.e.l.⁵, al suo quinto comma, infatti, disciplina le modalità di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica, riconoscendo all'ente pubblico il diritto di optare per l'affidamento del servizio: a) ad una società di capitali privata, scelta attraverso l'espletamento di una gara di appalto; b) ad una società a capitale misto pubblico-privato; c) ad una società a capitale interamente pubblico. Si può osservare che escludendo dal perimetro di interesse le società descritte al punto a), la cui natura privata è indubbia, rimangono oggetto di analisi le cosiddette "società pubbliche". La nozione appena utilizzata pone, immediatamente, un problema di natura definitoria poiché ricomprende una serie di fattispecie assai diverse, che spaziano

³ Art. 41 e 43 Cost.

⁴ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto dell'impresa*, Edizione UTET, settima edizione.

⁵ D. Lgs 267/2000 modificato dal D.L. 269/2003 convertito nella Legge 326/2003, e dalla Legge 350/2003

da quella in cui lo Stato o altri enti sono detentori della totalità delle partecipazioni di una società di capitali, ovvero di una partecipazione di controllo, al caso in cui essi possiedono una partecipazione di minoranza⁶. Come facilmente intuibile, le società *in house providing*⁷, oggetto del presente lavoro, si collocano proprio all'interno della categoria indicata con questa locuzione dal significato incerto e, potremmo dire, eccezionalmente elastico con cui si indica una forma di esercizio dell'impresa pubblica⁸.

Il modello societario dell'*in house providing*, tuttavia, si distingue profondamente dalle altre "architetture" societarie, tra le quali i soggetti pubblici hanno la possibilità di scegliere per collocarsi nel sistema economico. Le sue peculiarità sostanziali definite prima dalla giurisprudenza comunitaria⁹, poi anche dall'ordinamento interno, e ravvisabili nel capitale pubblico totalitario, nel controllo analogo e nel controllo operativo economico¹⁰ sono - infatti - tali da rendere legittimo, nei suoi confronti, l'affidamento diretto dei servizi pubblici.

In altre parole la *ratio* dell'istituto è da rinvenirsi nella possibilità per gli enti pubblici di affidare ad organismi di propria emanazione la prestazione di servizi, senza che sia previamente espletata una gara di appalto¹¹. È proprio la mancata previsione di una procedura ad evidenza pubblica¹², che pone la società *in house*

⁶ L. SALVATO; *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, Edizione Giuffrè, Milano, 2011.

⁷ L'espressione "*in house providing*" compare per la prima volta nel Libro bianco (punto 2.1.3, nota 10) del 1998, in cui la Commissione ne fornisce una prima definizione: "i contratti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un'amministrazione centrale e le amministrazioni locali ovvero tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata".

⁸ I. DEMURO, "*Impresa pubblica*" in *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, p. 494, Edizione Giuffrè, 2011

⁹ La prima sentenza che, in assoluto, definisce le caratteristiche della società *in house* è: la causa C-107/98, Teckal srl c. Comune di Viano, AGAC di Reggio Emilia.

¹⁰ Per una trattazione più approfondita si rimanda al § 1.2.

¹¹ R. OCCHILUPO, *Le società in house* in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p.525

¹² Si veda l'art. 4, comma 8, del d.l. 95 del 2012: "A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*".

in un debole equilibrio tra la sfera privata e quella pubblica. Della prima presenta la forma, della seconda sembrerebbe mantenere la sostanza.

Alla luce di tali considerazioni non è difficile, dunque, capire per quale motivo negli ultimi anni l'utilizzo di questo modello societario si è particolarmente diffuso: la società *in house* consente, infatti, alla pubblica amministrazione di realizzare una privatizzazione meramente formale, a fronte di un obiettivo sostanziale identificabile nella volontà di eludere i procedimenti ad evidenza pubblica così da derogare ai fondamentali principi comunitari della concorrenza e della trasparenza, mantenendo la gestione di settori di mercato altrimenti estranei al controllo dei pubblici poteri¹³. Il fenomeno appena descritto ha fatto sì che l'ente pubblico, col tempo, abbia assunto sempre meno i connotati di un soggetto gestore e sempre di più quelli di una *holding*. Il risultato di una siffatta "trasformazione" è l'inizio di quel procedimento logico che ha portato al tentativo di enucleare un "*vero e proprio mostro giuridico ovvero quello di una società intesa come longa manus*"¹⁴ dell'ente, posta in una circostanza di *delegazione interorganica o, addirittura, di subordinazione gerarchica*"¹⁵.

1.2. Le differenze rispetto ad una "normale" società di capitali

L'obiettivo del presente elaborato è quello di individuare le ragioni che hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza a sollevare dei dubbi circa la fallibilità della società *in house*, nonostante si tratti di una società di capitali. Per trovare una risposta, occorre anzitutto chiarire le caratteristiche sostanziali che rendono la società *in house* un "modello diverso" rispetto a quello che normalmente identifica una società di capitali.

¹³ F. FIMMANO', *Prefazione in Le società pubbliche, ordinamento crisi ed insolvenza* a cura di F. Fimmanò, Edizioni Giuffrè, 2011, Milano.

¹⁴ In altre parole un "prolungamento amministrativo" dell'ente pubblico, punto 71 Conclusioni dell'Avv. Generale P. Léger in riferimento alla sentenza Corte di giustizia C-94/99, *Arge Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*.

¹⁵ F. FIMMANO', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività* in *Le società pubbliche, ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, p. 13, Edizioni Giuffrè, 2011, Milano.

Come già accennato nel paragrafo precedente, questo modello societario si colloca tra le società di capitali cosiddette “pubbliche” ma, al tempo stesso, viene definito come *longa manus* dell’ente pubblico da cui promana. “*Definire la società in house come una longa manus della pubblica amministrazione equivale ad affermare che non vi è terzietà della società rispetto all’ente pubblico*”¹⁶. Il che si verifica nel momento in cui tra il soggetto aggiudicatario e l’amministrazione aggiudicatrice intercorre un rapporto di delegazione interorganica tale per cui nonostante la società *in house* presenti una sua distinta soggettività giuridica, viene comunque concepita come parte del plesso organizzativo della pubblica amministrazione¹⁷. È proprio sulla mancanza di una vera e propria alterità soggettiva che tale modello organizzativo legittima la deroga delle regole di gara: l’attività compiuta da una società *in house* è come se fosse espletata direttamente dall’ente pubblico¹⁸, motivo per cui il mancato ricorso alle procedure ad evidenza pubblica non pregiudica le finalità proprie dell’ordinamento comunitario sulla tutela della concorrenza. Appare, dunque, chiara la differenza sostanziale tra una “normale” società di capitali, partecipata da un ente pubblico, e una società *in house*: la prima è un soggetto distinto e, caratteristica fondamentale, autonomo rispetto all’ente partecipante; a differenza di quanto avviene nel secondo caso in cui la società – è sì un soggetto distinto – ma non è autonoma rispetto al socio che ne possiede, peraltro, l’intero capitale sociale. L’origine della mancata autonomia si fonda nell’esistenza del, già citato, rapporto di delegazione interorganica. Ciò che interessa in questa sede è, quindi, comprendere quali siano i requisiti necessari affinché questo rapporto venga ad esistenza, individuando la presenza di una società *in house*.

Prima di procedere nella detta analisi, tuttavia, è doveroso precisare che, alla luce dell’assenza di un intervento legislativo, sia nazionale sia comunitario, teso a definire in modo chiaro le modalità di affidamento dei pubblici servizi,

¹⁶ F.FIMMANO’, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza in Crisi d’impresa e fallimento*, 8 aprile 2014, disponibile su www.ilcaso.it

¹⁷ R. OCCHILUPO, *Le società in house in Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p.525

¹⁸ L.SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house in Il Fallimento I*, 2014, p. 38.

l'interpretazione dei requisiti suddetti è integralmente rimessa alla giurisprudenza, in particolare quella comunitaria, che ne ha fornito una sempre più dettagliata ricostruzione.

In particolare, la pronuncia che – per la prima volta – fornisce una definizione giurisprudenziale dell'istituto in oggetto, individuandone le caratteristiche è la sentenza c.d. *Teckal*¹⁹, . Il *leading case* ha stabilito che il presupposto per l'applicazione della disciplina comunitaria in tema di appalti è che il fornitore sia effettivamente un soggetto terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, terzietà che deve essere valutata considerando una molteplicità di parametri rappresentati dall'indipendenza finanziaria, amministrativa, gestionale ed organizzativa²⁰. “*Qualora, al contrario, l'amministrazione eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e lo stesso realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente*²¹ - secondo i giudici del Lussemburgo - *si esula dal campo applicativo della disciplina comunitaria, la quale presuppone l'incontro di volontà tra due persone distinte*²²”²³. La sentenza in oggetto, tuttavia, si limita a definire formalmente i requisiti necessari per la configurazione di una società *in house*, ma non si spinge oltre indicandone il contenuto descrittivo ovvero stabilendo quali sono concretamente gli indici che consentono di ravvisarne la presenza. Per trovare le risposte è necessario procedere in una, seppur sintetica, analisi delle principali pronunce giurisprudenziali sul tema. Per semplificare la struttura espositiva, si reputa opportuno procedere trattando distintamente i parametri richiesti dalla sentenza Teckal, affrontando *in primis* quand'è che si ritiene soddisfatto il

¹⁹ Corte Giust. CE, 18 novembre 1999, in C-107/98, disponibile in www.curia.europa.eu

²⁰ R.M PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e “controllo analogo” esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali “extra-codicistiche”* in *Foro Amministrativo CdS*, 2009, p. 2246 ss.

²¹ Corte Giust. CE, 18 novembre 1999, in C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*) pnt. 50.

²² Corte Giust. CE, 18 novembre 1999, in C-107/98, pnt. 49.

²³ R.M PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e “controllo analogo” esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali “extra-codicistiche”* in *Foro Amministrativo CdS*, 2009, p. 2246 ss.

controllo analogo, per poi definire gli elementi in presenza dei quali il requisito dell'attività prevalente (c.d. controllo operativo economico) viene garantito.

1.2.1. Il controllo analogo

Per ottenere una più approfondita specificazione dei presupposti richiesti perché il controllo sia tale da rendere configurabile un rapporto *in house*, e quindi di delegazione interorganica, si deve fare riferimento alla giurisprudenza comunitaria successiva alla sentenza Teckal. Nel periodo immediatamente posteriore a quest'ultima, le pronunce della Corte di Giustizia hanno avuto la tendenza ad estendere il più possibile l'ambito di configurabilità del controllo analogo. Si è, dunque, arrivati a ritenere che il semplice potere di scioglimento degli organi di vertice o di rimozione dei suoi componenti comportasse un potere di ingerenza nell'organizzazione societaria tale da risultare assimilabile al controllo analogo²⁴. Si è, addirittura, considerato idoneo a soddisfare il requisito in oggetto, un mero controllo a posteriori sui conti annuali dell'organismo, là dove, per le autorità, fosse prevista anche la facoltà di visitare i locali e gli impianti aziendali dello stesso, in qualsiasi momento²⁵. Nasce, a questo punto, l'esigenza di arginare il fenomeno dell'eccessivo e ingiustificato ricorso agli affidamenti in via diretta, restringendo l'ambito di definizione del controllo analogo. Sarà con la pronuncia Stadt Halle²⁶, che i Giudici comunitari compiranno una sorta di inversione di rotta rispetto al primo periodo sopraccitato. La pronuncia in esame costituisce una pietra miliare nella definizione del controllo analogo: la vicenda nasceva a seguito della decisione della città di Halle di affidare, direttamente, alla RPL Lochau – il cui capitale sociale di maggioranza era indirettamente detenuto dalla città di Halle e la parte restante era di proprietà di una società privata – un appalto relativo al trattamento dei rifiuti. La TREA Luna, società interessata alla fornitura dei servizi oggetto di

²⁴ È il caso esaminato dalla Corte di Giustizia CE, 1 febbraio 2001, C-237/99, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese.

²⁵ È il caso esaminato dalla Corte di Giustizia CE, 27 febbraio 2003, C-373/00, Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH.

²⁶ Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, in C-26/03, Stadt Halle c. TREA Leuna.

incarico diretto alla RPL Lochau, impugnava le delibere della città di Halle sottolineando l'obbligatorietà, in un caso come questo, dell'espletamento di una regolare gara di appalto, non potendosi configurare il controllo analogo e, dunque, neanche l'affidamento *in house*. L'avvocato generale, nelle sue conclusioni, osservò che il requisito del controllo analogo, a suo parere, poteva essere soddisfatto anche con una partecipazione dell'ente nella società pari al 50,5%, poiché non avrebbe rilevato il criterio quantitativo ma, piuttosto, una struttura idonea a garantire un effettivo controllo del primo sulla seconda²⁷. La Corte di Giustizia, trascurando del tutto le conclusioni dell'Avvocato, stabilì che la partecipazione di un'impresa privata non consente di procedere ad un affidamento diretto. La decisione della Corte veniva motivata in considerazione del fatto che il rapporto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un ente *in house* risponde sempre ad esigenze finalizzate al soddisfacimento dell'interesse pubblico e quest'ultimo risulta incompatibile con gli interessi di natura privata, tuttavia, esistenti ogniqualvolta si sia in presenza – seppur in misura minima – di un capitale di natura privata.

La successiva giurisprudenza ha poi approfondito il requisito in esame, sostenendo che, per aversi il controllo analogo, non è sufficiente che il capitale sociale della società partecipata sia interamente pubblico, ma è anche necessario che questo permanga per tutta la durata dell'affidamento. In altre parole, il controllo verrebbe meno se successivamente alla delibera di affidamento, si rendesse possibile l'apertura del capitale sociale a soggetti privati²⁸. Nella sentenza "Parking Brixen"²⁹, i giudici lussemburghesi hanno individuato una serie di indici concreti al sussistere dei quali si ritiene venire meno il requisito del

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale C. Stix-Hackl, presentate il 23 settembre 2004, con riferimento alla causa C-26/03, pnt. 67.

²⁸ Conclusione a cui giungono molteplici sentenze: Corte Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG; Corte Giust. CE, 10 novembre 2005, C- 29/04, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria, c.d. "caso Modling"; Corte Giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04, Associazione nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA.

²⁹ Corte Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG

controllo analogo: è tale un eccessivo ampliamento dell'oggetto sociale, l'eccessiva apertura territoriale delle attività della società ed un eccessivo potere riconosciuto al consiglio di amministrazione. Elementi, questi, che farebbero pensare ad una "vocazione commerciale" tipica delle normali società di capitali, ma obbligatoriamente assente nelle società *in house*, affinché queste possano essere definite dei "prolungamenti amministrativi".

Alla luce delle considerazioni finora svolte è possibile, dunque, definire il controllo analogo come "*una pervasiva forma di controllo che si allontana dagli strumenti tipicamente conosciuti dal diritto societario*"³⁰ richiamando, piuttosto, un modello teso a "svuotare" di autonomia il soggetto controllato. Per esercitarlo non è, infatti, sufficiente il controllo della maggioranza o il potere di nomina della maggioranza dei membri dell'organo gestorio come, peraltro, veniva stabilito dalle prime sentenze della giurisprudenza comunitaria; ma, come desumibile dalle successive pronunce³¹, occorre che il capitale sociale sia interamente pubblico, che non sia ravvisabile una "vocazione commerciale" e che vi sia un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione sugli atti di gestione ordinaria e straordinaria delle società da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Si deve avere, cioè, una quasi corrispondenza tra gli obiettivi prefissati dall'ente e quelli attuati dalla società, in modo che le politiche aziendali delle società si evolvano nella stessa direzione di quelle dell'ente³². Soltanto mediante una siffatta organizzazione, infatti, è possibile affermare di essere "*in presenza di una forma di controllo talmente penetrante nella gestione della società controllata, tanto da far pensare ad un dualismo fittizio tra ente controllato e controllante, in cui l'attribuzione di personalità giuridica alla società controllata vale solo nella forma, ma non nella sostanza*"³³.

³⁰ R. OCCHILUPO, *Le società in house* in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p.535

³¹ Corte Giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA; Corte Giust. CE, 19 aprile 2007, C-295/05 Asemfo c. Transformaciòn Agraria SA (Tragsa); Corte Giust. CE, 17 luglio 2008, C-371/05, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana; Corte Giust. CE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA c. Comune d'Uccle.

³² R. OCCHILUPO, *Le società in house* in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p.525

³³ F.GUERRA, *Il "controllo analogo"* in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 774

Secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente è poi configurabile il controllo analogo anche nel caso in cui questo venga esercitato da una pluralità di enti pubblici controllanti: si parla in questo caso di “controllo analogo congiunto”³⁴. A tal fine si richiede che la società partecipata risulti espressione di tutti gli enti soci e non soltanto di quelli che detengono delle partecipazioni di maggioranza nel capitale, in altre parole, dunque, anche i soci di minoranza devono avere la possibilità di esercitare un' “effettiva influenza” sulla gestione della società. Affinché questo possa accadere, è necessario che il controllo venga esercitato ricorrendo a strumenti più incisivi e aggiuntivi, rispetto al mero esercizio dei diritti spettanti ai soci, ad esempio avvalendosi di strumenti di natura pubblicistica³⁵. In questo modo, infatti, si potrebbe “correggere” il principio civilistico di proporzionalità tra partecipazione e diritti del socio, consentendo agli enti locali di minori dimensioni, presenti nel capitale con partecipazione minima, di non essere esclusi dalla gestione della società³⁶. Lo scorso anno, la Corte di Giustizia è stata chiamata a decidere relativamente alla possibilità di ammettere, o meno, la figura del cosiddetto *in house providing orizzontale*. Termine, questo, con il quale si intende “*la conclusione di affidamento diretto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un soggetto aggiudicatario che non sono legati tra loro da nessuna relazione di controllo, ma che sono entrambi sottoposti al controllo analogo della medesima istituzione, nei confronti della quale esercitano la parte più importante della loro attività*”³⁷.

³⁴ Corte Giust. CE; 29 novembre 2012, C-182/11, Econord SpA c. Comune di Cagno, di Varese, di Solbiate.

³⁵ F.LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto dei soci in Urbanistica e Appalti*, n. 3, 2013, p. 307 ss.

³⁶ R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie di servizi pubblici locali e controllo analogo esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali extra-codicistiche*, in *Foro Amministrativo CdS*, 2009, p. 2246 ss.

³⁷ Corte Giust. CE., 8 maggio 2014, C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg e HIS GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH. La causa riguarda l'università della Città di Amburgo (organismo di diritto pubblico) che acquista un sistema di gestione informatica dalla società HIS, stipulando con essa un contratto di appalto mediante un affidamento diretto. La HIS è una società a responsabilità limitata il cui capitale è detenuto per un terzo dalla Repubblica federale di Germania e per due terzi dai sedici Lander Tedeschi, tra cui anche la città di Amburgo (4,6%). L'affidamento diretto si giustificerebbe poiché la condizione del

I Giudici del Lussemburgo, concluderanno stabilendo che nel caso di specie sottoposto alla loro attenzione non sussistono le condizioni per ricondurre una tale fattispecie all'eccezione riconosciuta dall'ordinamento per gli affidamenti in house. Tuttavia, l'eccezione all'applicazione delle norme europee agli affidamenti interni orizzontali potrebbe essere legittimamente riconosciuta qualora l'ente che esercita il controllo analogo sui due soggetti non solo sia lo stesso, ma eserciti altresì un controllo analogo in via esclusiva su tali soggetti.

1.2.2. Il controllo operativo economico

Per ammettere un affidamento diretto, non è sufficiente dimostrare che l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ma è necessario dimostrare che, sul piano funzionale, la società *in house* realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano e che, dunque, questi possono vantare un controllo operativo economico sulla stessa. Al pari del controllo analogo, anche questo requisito non è definito da alcuna previsione legislativa, motivo per cui è necessario ricorrere alla giurisprudenza comunitaria, sebbene quest'ultima sia molto meno ampia di quella relativa primo requisito analizzato. Secondo un primo "indirizzo" giurisprudenziale, i criteri utilizzati per misurare ed individuare la prevalenza dell'attività avevano natura economico-quantitativa successivamente, invece, si è prevista una rilevanza anche dell'aspetto qualitativo che tenesse conto dell'identità del soggetto a favore del quale la società svolge la propria attività: individuando una progressiva valorizzazione del dato reale³⁸. Inizialmente si è, infatti, ritenuto che l'affidamento diretto potesse aver luogo purché almeno l'80% del fatturato medio realizzato dalla società controllata negli ultimi tre anni, provenisse dall'attività svolta a favore dell'amministrazione aggiudicatrice. È con le

controllo analogo è soddisfatta visto che entrambi gli enti si trovano sotto lo stesso controllo della Città di Amburgo, ma poiché, nel caso di specie, non veniva esercitato in via esclusiva dalla città di Amburgo, sui due enti, l'affidamento diretto non è stato considerato legittimo.

³⁸R.OCCHILUPO, *Le società in house in Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p.525

conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl relative al caso Carbotermo³⁹ che si riscontra l'importanza del dato qualitativo, oltre a quello quantitativo. L'avvocato, infatti, considera rilevante l'identità del soggetto a favore del quale la società svolge la propria attività, per cui al fine di valutare la sussistenza della prevalenza dell'attività *“non bisogna avere riguardo ad una percentuale fissa, da parametrare al solo fatturato d'impresa, ma occorre invece associare al dato quantitativo uno specifico coefficiente qualitativo che consenta di considerare in maniera effettiva l'attività svolta dal soggetto affidatario”*⁴⁰. In altre parole, l'avvocato e poi la Corte di Giustizia pongono l'accento sulla necessità che la maggior parte dell'attività sia sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale, ed ogni altra attività abbia un “carattere marginale”. È solo al verificarsi di tali circostanze, che la società potrà collocarsi al di fuori del meccanismo concorrenziale, essendo l'attività svolta sul mercato del tutto trascurabile, realizzando le basi per un affidamento diretto. Si è poi specificato che l'individuazione della parte di attività svolta non deve avvenire in astratto, con esclusivo riferimento all'oggetto sociale o a quanto stabilito dallo statuto del soggetto gestore, ma deve avvenire verificando la situazione effettivamente sussistente, prendendo in considerazione tutte le attività che vengono svolte dalla società nei confronti dell'ente.

Nel caso in cui la società aggiudicataria sia partecipata da una pluralità di enti, il requisito in oggetto può reputarsi soddisfatto *“qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente ma con tali enti complessivamente considerati”*⁴¹, rendendosi necessaria la somma delle prestazioni che la società svolge per ciascun ente partecipante.

³⁹ Corte Giust. CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo S.p.a. c. Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.a.

⁴⁰ Conclusioni dell'avvocato Léger, relative al caso Carbotermo, presentate il 12 gennaio 2006.

⁴¹ Conclusioni dell'avvocato Léger, pnt. 70.

Capitolo 2

I criteri per la qualificazione delle società in house tra le società di capitali o gli enti pubblici

Il controllo analogo e il controllo operativo economico, come si è visto nel precedente capitolo, rendono le società *in house providing* un modello in precario equilibrio tra la sfera privata e quella pubblica. Questa dicotomia tra pubblico e privato che rende difficile la loro collocazione nell'uno o nell'altro ambito, non è un problema di natura astratta ma, al contrario, assume rilevanza nel momento in cui si è chiamati a definire il perimetro della disciplina applicabile a questa fattispecie societaria.

In particolare, ai fini del presente lavoro, poiché nessuna previsione normativa chiarisce se la società *in house* sia fallibile o meno, il primo problema da affrontare è capire se prevalga la forma e dunque la società in oggetto debba essere assimilata, in tutto e per tutto, alle società di capitali e in quanto tale assoggettata, fisiologicamente, alle procedure concorsuali o se, al contrario, debba prevalere la sostanza in modo da estendere l'esclusione dal fallimento prevista per gli enti pubblici, anche alle società *in house*⁴². Le soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza sono state molteplici ma, di fatto, tutte elaborate mediante l'utilizzo di due diversi metodi: il metodo tipologico, che al suo interno conosce due diversi indirizzi (privatistico e pubblicistico), e il metodo funzionale.

⁴²E. CODAZZI, *Le società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile fra diritto dell'impresa e diritto delle società* presentato al convegno "L'Impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore e salvaguardia del valore nella crisi, del 22 febbraio 2014, disponibile in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

2.1. Il metodo tipologico

Il metodo tipologico al fine di risolvere il suddetto problema relativo alla classificazione delle società in mano pubblica – e in particolare delle società *in house* – tra i soggetti pubblici o tra quelli privati, prevede che vengano analizzati una serie di indici rivelatori della natura dell'ente societario e solo dopo aver operato una tale valutazione consente di procedere alla definizione della disciplina concretamente applicabile alle società oggetto di studio⁴³. In altre parole, si deve operare un'analisi preventiva finalizzata a capire se la società *in house* sia qualificabile in termini di soggetto privato o di ente pubblico, per poi ammetterne o escluderne la fallibilità. L'applicazione di questo criterio, tuttavia, non ha portato ad un approccio univoco: sul punto, è possibile ravvisare due posizioni contrapposte: l'orientamento privatistico e quello pubblicistico.

Il metodo tipologico privatistico muove dal fatto che *“una società non può mutare la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale”*⁴⁴. Secondo una siffatta impostazione, dunque, il fatto che la pubblica amministrazione sia l'unico socio di una società di capitali ed eserciti su questa un controllo totale, non è sufficiente per operare una riqualificazione della società di capitali in soggetto di natura pubblica, che avverrebbe sulla base di un supposto (ma inesistente) principio di neutralità della forma giuridica, a favore di una spiccata rilevanza della sostanza⁴⁵. A sostenere tale indirizzo, di natura privatistica, in cui è il parametro formale ad assumere centralità, sembrerebbe esserci una sentenza piuttosto recente della Suprema Corte⁴⁶. I giudici di legittimità, infatti, hanno richiamato l'art. 4 della legge n. 70 del 1975 che nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, impedirebbe ogni tentativo di riqualificazione di

⁴³ L.BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda* in *Il Fallimento* n.10, 2013, p.1273

⁴⁴ F.FIMMANO', *La giurisdizione sulle “società in house providing”* in *Le Società* 2014, I, p. 55 ss.

⁴⁵ F.FIMMANO', *La giurisdizione sulle “società in house providing”* in *Le Società* 2014, I, p. 55 ss.

⁴⁶ Corte di Cassazione, 27 settembre 2013, n.22209, c.f.r. Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sentenza 3 marzo 2008, n.1., disponibili su www.ilcaso.it.

società private in enti pubblici, in mancanza di una espressa previsione legislativa⁴⁷. Nella medesima sentenza, inoltre, si legge che neanche l'eventuale mancanza dello scopo di lucro – secondo alcuni ravvisabile nelle società *in house*⁴⁸ – potrebbe, comunque, condurre ad un risultato diverso da quello citato, dal momento che *“il modello societario è andato negli anni assumendo connotati sempre più elastici, svincolandosi dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica”*⁴⁹ e potendo dunque prevedere una conformazione più elastica della sua struttura, a seconda delle esigenze da soddisfare. A supporto di questa conclusione si individua un'ulteriore motivazione: cioè che le società a partecipazione pubblica costituite in una delle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono imprenditori commerciali, indipendentemente dall'effettivo esercizio di tale attività⁵⁰. *“Il nostro ordinamento, infatti, ha carattere “soggettivo”, per cui viene disciplinato l'imprenditore commerciale ovvero il soggetto che intraprende e non l'impresa, cioè l'attività economica, motivo per cui, nell'applicazione del relativo statuto non rileva la natura dell'attività svolta, bensì la natura del soggetto”*⁵¹. Questo significa che nel caso in cui la pubblica amministrazione decida di intraprendere l'attività di impresa mediante il ricorso ad una società di capitali, dovrà tener conto del fatto che a questa verrà applicata la disciplina tipicamente prevista a fini privatistici⁵² con la conseguente applicazione dello statuto dell'imprenditore

⁴⁷ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 493 e ss.

⁴⁸ FIMMANO' F. *La società in mano pubblica, anche in house, è soggetta alle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2013, n.10, p.1290

⁴⁹ D'ATTORRE G. *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 494.

⁵⁰ FIMMANO' F., *Il fallimento delle società pubbliche* in *Crisi d'impresa e fallimento*, 18 dicembre 2014, in www.ilcaso.it

⁵¹ FIMMANO' F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmano, Giuffrè Editore, Milano, 2011

⁵² Corte di Cassazione, sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

commerciale nella sua totalità, senza che sia possibile prevederne la depurazione della parte più minacciosa costituita, appunto, dalla disciplina del fallimento⁵³. In un’impostazione, come quella analizzata, rivolta alla valorizzazione della forma, non si può non evidenziare come assuma rilevanza il sistema di pubblicità legale istituito presso il registro delle imprese relativamente al legittimo affidamento che questo genera nei terzi, circa l’applicazione della disciplina conforme al *nomen juris* dichiarato, affidamento, che, verrebbe a crollare là dove il diritto societario fosse disapplicato e sostituito da delle disposizioni pubblicistiche⁵⁴. Altra conferma della “correttezza” di questo criterio sembrerebbe, poi, potersi ricavare dal codice civile, il quale all’art. 2449 prevede che in società a partecipazione pubblica lo statuto possa riservare la nomina di alcuni amministratori e sindaci all’ente pubblico partecipante. “*Se ne dedurrebbe, dunque, che per il resto, la mera presenza di un ente pubblico nella compagine sociale non è destinata ad alterare le regole di funzionamento della società*”⁵⁵, e ciò sembrerebbe avvalorato dalla relazione al codice, ove si ribadisce che “*lo Stato si assoggetta alla legge delle società per azioni*” e che quindi anche in tali situazioni la disciplina comune deve trovare applicazione “*senza eccezioni, salvo che norme speciali non dispongano diversamente*”⁵⁶. Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile concludere che il metodo tipologico privatistico riconduce le società in mano pubblica sempre – indipendentemente dalla partecipazione che l’ente pubblico vanta nel capitale –

⁵³ FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento in Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 532 ss.

⁵⁴ CODAZZI E., *La società pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina tra diritto dell’impresa e diritto della società* in www.orizzontideldirittocommerciale.it, p. 6.

⁵⁵ RODORF R., *Le società partecipate tra pubblico e privato in Le Società*, 2013, n. 12, p.1326

⁵⁶ Così sembra confermare il paragrafo 998 della Relazione al Codice Civile del Ministro Guardasigilli secondo cui nelle ipotesi di partecipazione pubblica a società di capitali “è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società di capitali per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza. La disciplina comune delle società deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente.”

nell'alveo delle società di natura privata, prevedendone, in questo modo, l'assoggettamento certo e fisiologico alle procedure concorsuali.

Diverse sono, invece, le conclusioni cui giunge il contrapposto metodo tipologico di natura pubblicistica, il quale porta alla valorizzazione degli aspetti sostanziali a discapito di quelli formali prevedendo che: non sarebbe sufficiente ad escludere la qualifica di ente pubblico, il fatto che esso abbia formalmente assunto la veste di società di capitali. Sarebbe possibile, quindi, riconoscere la natura pubblica ad un soggetto formalmente privato, con la conseguente applicabilità al primo della disciplina del secondo, con particolare riferimento all'esclusione dalla procedura fallimentare⁵⁷. Una siffatta riqualificazione del soggetto, frutto di una sorta di "mutazione genetica"⁵⁸, tuttavia, potrebbe accadere solo nel caso in cui si riscontrassero indici esteriori, sintomatici e rivelatori della pubblicità dell'ente societario. Indici, questi, di carattere sostanziale, riconducibili a due diversi aspetti: quello gestionale e quello dell'attività della società. L'assenza di autonomia gestionale del consiglio di amministrazione, il riconoscimento di penetranti poteri di controllo e di intervento in capo all'ente pubblico e la totale partecipazione pubblica, sono relativi al primo profilo; riguardano, invece, il secondo, lo svolgimento della maggior parte dell'attività nei confronti dell'ente e la percezione di risorse finanziarie di natura pubblica⁵⁹. *“La società acquisterebbe una connotazione pubblicistica, là dove questi profili risultassero, dunque, completamente avulsi dalle regole e schemi del diritto commerciale, così da renderla una mera articolazione del soggetto pubblico partecipante.”*⁶⁰

Secondo un orientamento dottrinale il presente criterio di classificazione è avallato anche dalla Suprema Corte, la quale, sebbene chiamata a pronunciarsi

⁵⁷ Dall'art. 1 R.D. n. 267/1942, I comma, si evince l'esclusione degli enti pubblici dall'assoggettabilità alle procedure concorsuali: “ Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”.

⁵⁸ F.FIMMANO', *La giurisdizione sulle “società in house providing”* in *Le Società* 2014, I, p. 55 ss.

⁵⁹ FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 532 ss.

⁶⁰ POSITANO G., *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 6, p. 563

in materia di riparto di giurisdizione per l'azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali di società in mano pubblica, sembrerebbe aver affrontato il tema della natura giuridica di dette società⁶¹, con particolare riferimento alle società *in house*. I giudici di legittimità hanno, innanzi tutto, precisato che non è possibile riclassificare le società di capitali in enti pubblici senza che vi sia un'espressa previsione normativa, come già avevano stabilito nella sentenza in precedenza analizzata a favore del metodo privatistico⁶², per poi – sembrerebbe – accantonare tale conclusione nel caso in cui si trovi di fronte al fenomeno delle società *in house*. Ad avviso delle Sezioni Unite “*la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare essere in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dall'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna*” tanto che “*il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*”. Questo porta la Suprema Corte ad affermare che le società *in house* “*hanno della società solo la forma esteriore, ma costituiscono in realtà delle mere articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti ad essa esterni e ad essa autonomi*”, motivo per cui l'uso del vocabolo società servirebbe solo a significare che, là dove, manchino delle più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo da seguire è quello del modello societario. Il corollario di tali osservazioni si riflette sul piano patrimoniale: i giudici di legittimità concludono, infatti, affermando che non potendosi configurare un rapporto di alterità, “*è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità*”, e proprio per questo è la Corte dei Conti a dover avere la giurisdizione sull'azione di

⁶¹ Corte di Cassazione, sez. un., 8 ottobre 2013, n. 26283, disponibile su www.ilcaso.it.

⁶² Corte di Cassazione, sez. I, 27 settembre 2013, n.22209, disponibile su www.ilcaso.it.

responsabilità, quando questa sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*⁶³.

Secondo tale dottrina affermare che le società *in house* non sono configurabili quali soggetti distinti rispetto all'ente pubblico partecipante, equivale ad affermare che esse hanno la medesima natura giuridica dell'ente stesso, per cui la logica conseguenza delle Sezioni Unite sarebbe l'attribuzione della natura di ente pubblico anche alle società *in house*⁶⁴, comportandone, a questo punto, l'esclusione dal fallimento in osservazione di quanto previsto dal primo articolo della legge fallimentare. Alla stessa conclusione, d'altra parte, si giungerebbe, secondo tale orientamento, se partissimo da un'altra considerazione ovvero quella secondo cui “*se il patrimonio della società in house è, in realtà, il medesimo dell'ente allora dichiarare il fallimento della prima sarebbe inutiliter data, non potendosi assoggettare il patrimonio pubblico alle procedure di esecuzione concorsuale*”⁶⁵.

Peraltro, secondo un diverso ed opposto orientamento, la pronuncia in oggetto avrebbe esteso la giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori e dipendenti, oltre che agli enti pubblici, anche ai soggetti formalmente privati, per la natura oggettivamente pubblica del danno ovvero per il diretto collegamento con la finanza pubblica, ma non avrebbe avuto il fine di operare una “mutazione genetica” delle società⁶⁶. In altri termini, dunque, le società *in house* sarebbero assoggettate a regole analoghe a quelle previste per i soggetti pubblici nei settori in cui assume rilievo la natura sostanziale degli interessi coinvolti, ma resterebbero soggette alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento. L'operazione compiuta dalle Sezioni Unite sarebbe un adattamento forzato del

⁶³ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 497.

⁶⁴ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 498.

⁶⁵ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 498.

⁶⁶ FIMMANO' F., *La giurisdizione sulle “società in house providing”* in *Le Società* 2014, I, p. 66.

diritto societario alle necessità dettate dagli interessi pubblici, piuttosto che una riqualificazione in termini formali delle società *in house*⁶⁷. A differenza di quanto si è detto nel caso del metodo tipologico privatistico, in quello di natura pubblicistica, è doveroso concludere che prevalendo la sostanza sulla forma, la società verrà esclusa dal fallimento tutte le volte in cui, in presenza di determinati indici ed a prescindere dalla sua veste formalmente privata, la stessa venga qualificata come pubblica⁶⁸.

Presenta molteplici punti in comune con il metodo tipologico pubblicistico – sia con riferimento alla conclusioni, che con riferimento agli indici sintomatici su cui basa l’esclusione dal fallimento delle suddette società – un altro orientamento della dottrina e della giurisprudenza che ha, invece, affermato l’esonero dal fallimento delle società *in house*, sulla base del fatto che queste non sarebbero riconducibili alla categoria dell’imprenditore commerciale. Secondo questa impostazione là dove la società perseguisse interessi di natura non commerciale o industriale e nel caso in cui la medesima non operasse in un mercato concorrenziale, non sarebbe possibile parlare di natura commerciale dell’attività, con la conseguente esclusione della stessa dal fallimento⁶⁹.

2.2. Il metodo funzionale

Entrambi gli orientamenti precedentemente esposti, come si è visto, sono accomunati da un medesimo metodo interpretativo per cui si parte dall’individuazione della reale natura giuridica dell’ente societario, da cui si fa discendere l’applicazione della disciplina giuridica propria di quel soggetto. Nell’orientamento privatistico si attribuisce natura privata alla società in mano pubblica, prevedendone il fallimento; nell’orientamento pubblicistico, al verificarsi di determinate condizioni, si ammette la natura pubblica dell’ente

⁶⁷ FIMMANO’ F., *La giurisdizione sulle “società in house providing”* in *Le Società* 2014, I, p. 55.

⁶⁸ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in *La riforma della Legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 533 ss.

⁶⁹ D’ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 493.

societario prevedendone *tout court* l'esonero dal fallimento. In dottrina si è ritenuto che un modello interpretativo di questo tipo non fosse convincente, per cui si è andato affermando un diverso approccio alla problematica trattata. È apparso, infatti, più proficuo "saltare" l'operazione qualificatoria a monte, che impone di stabilire se trovi applicazione la disciplina privatistica o pubblicistica a seconda della natura del soggetto, "*a favore di una concreta individuazione della normativa giuridica applicabile all'ente (privatistica o pubblicistica) sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune, dettata per le società di diritto privato, con le specifiche normative di settore dettate dal legislatore*"⁷⁰. Il problema, con l'adozione di tale metodologia, non è più capire quale sia la natura della società *in house*, ma di definire quale sia concretamente la disciplina a questa applicabile. La medesima società a partecipazione pubblica, potrebbe, quindi, essere assoggettata – contemporaneamente – da un lato alla disciplina pubblicistica per alcuni profili della sua attività, al fine di tutelare interessi pubblici e collettivi, e dall'altro, alla disciplina privatistica al fine di tutelare altre tipologie di interessi⁷¹. Il metodo funzionale, dunque, valorizza il dato effettivo degli interessi che il legislatore vuole tutelare, proponendosi di individuare se, in vista di quella tutela, sia coerente l'assoggettamento della società in mano pubblica alla disciplina pubblica o a quella privata⁷². L'applicazione della disciplina pubblicistica, in tale ottica, non si pone come risultato di una riqualificazione dell'ente societario ma è subordinata, piuttosto, ad una valutazione da compiersi volta per volta⁷³. Il criterio della valutazione degli interessi protetti, per individuare la normativa applicabile, può essere utilizzato anche nell'esaminare il tema dell'assoggettamento alla procedura fallimentare delle società oggetto di studio. Il percorso che si deve compiere al

⁷⁰ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 499.

⁷¹ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 715 e ss.

⁷² D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 715 e ss.

⁷³ NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"* in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 801 ss.

fine di comprendere come il metodo in esame risponde al problema della fallibilità delle società *in house*, prevede in primo luogo di chiarire la *ratio* alla base dell'esclusione dal fallimento degli enti pubblici. Essa consiste nell'incompatibilità della procedura fallimentare – con il suo carattere di esecuzione generale e il suo fine di tutela delle ragioni dei creditori – rispetto all'ordinaria attività dell'ente pubblico, che sarebbe paralizzata non potendo più perseguire il pubblico interesse. Il passaggio successivo è valutare la compatibilità dell'eventuale fallibilità della società *in house* con la tutela dei suddetti interessi⁷⁴. Le conclusioni a cui si perviene con il metodo funzionale è che le stesse istanze di tutela dell'interesse pubblico possono riscontrarsi anche nelle società in mano pubblica, in particolare in quelle ritenute “necessarie”⁷⁵. Il carattere della necessità risiederebbe nello svolgimento di alcuni servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi, affidati alla società dall'ente pubblico. Sebbene il carattere della necessità, più che il soggetto, sembrerebbe caratterizzare il servizio stesso, i sostenitori di questo metodo fanno discendere dalla necessità del servizio, l'essenzialità del soggetto che lo eroga. Quindi, là dove si ritenesse che la società *in house* svolga un'attività “necessaria” non sarebbe assoggettabile al fallimento; al contrario, nel caso in cui l'attività non presentasse questa caratteristica, non si presenterebbe alcun ostacolo per il suo assoggettamento alla procedura fallimentare.

L'accentuazione del dato della necessaria esistenza come discriminante della pubblicità dell'ente ha sollevato molte obiezioni da parte di altra dottrina⁷⁶, che ritiene il *modus operandi* di questo metodo fragile, dal punto di vista argomentativo. Innanzi tutto, risulterebbe complesso operare un'“oggettivizzazione” dei criteri in base ai quali operare una distinzione tra attività

⁷⁴ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in La riforma della Legge fallimentare, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 533 ss.

⁷⁵ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 715 e ss.

⁷⁶ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in La riforma della Legge fallimentare, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 545.

“necessarie” e “non necessarie”, finendo per rendere tale operazione eccessivamente aleatoria, tanto da far venir meno la certezza del diritto. In secondo luogo, coloro che si oppongono al metodo funzionale, notano che se si percorresse sino in fondo questo approccio, si dovrebbe pervenire al risultato di considerare non fallibili anche le società partecipate da privati, se esercenti un attività “necessaria”⁷⁷.

⁷⁷ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in La riforma della Legge fallimentare, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 545.

Capitolo 3

Sulla fallibilità delle società in house: studio della prassi

Si è visto, nei precedenti capitoli, che la società *in house* si colloca in una situazione intermedia tra la sfera privata e quella pubblica: della prima presenta la forma, della seconda, abbiamo detto, sembra mantenere la sostanza. La dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di reprimere questa “doppia anima” della fattispecie societaria in oggetto, talvolta collocandola tra i soggetti di natura pubblica, talvolta tra quelli di natura privata; ora usando il metodo “sostanzialistico” nella sua accezione “tipologica pubblicistica” o “funzionale”, ora usando il metodo “tipologico privatistico”. Il diverso posizionamento nell’uno o nell’altro ambito, comporta delle differenze relativamente alla disciplina concretamente applicabile: in un caso si prevedrà l’applicazione della disciplina degli enti pubblici, nell’altro quella dei soggetti di natura privata. Tali differenze assumono rilievo soprattutto nel settore di nostro interesse: l’assoggettamento alla procedura fallimentare. Qualora, infatti, si sostenga che la società *in house* sia da considerarsi alla stregua di una normale società di capitali, al pari di questa sarà assoggettabile alla procedura detta, nel caso contrario, in cui si faccia prevalere l’aspetto sostanziale, sarà, invece, esclusa dall’ambito di applicabilità dell’art. 1 l.f. al pari di un ente pubblico. Dunque, dopo che negli altri capitoli, sono state accennate le finalità per cui la società *in house* viene creata e sono stati individuati i criteri in base ai quali è possibile operare una sua classificazione, non si può che passare allo studio del dato concreto, analizzando le principali pronunce dei tribunali fallimentari relativi al suddetto tema, operando una loro classificazione in base all’esito a cui sono giunte: ammettere o escludere la fallibilità delle società *in house*.

3.1. Orientamento sfavorevole: la società *in house* è *longa manus* dell'ente pubblico

La questione relativa alla fallibilità delle società *in house*, e più in generale delle società in mano pubblica, non ha – per molti anni – costituito punto di interesse né per la dottrina, né per la giurisprudenza, le quali si sono limitate a ripetere che le società, sebbene partecipate da enti pubblici, non perdevano la loro natura di soggetti privati e che in quanto tali sarebbe stato giusto prevedere il loro assoggettamento al fallimento e al concordato preventivo⁷⁸. Fino al 2009 l'unico precedente giurisprudenziale è stato caratterizzato da un arresto dei giudici di legittimità che, in sintonia con la dottrina – allora – prevalente, affermavano l'applicazione del regime privatistico ordinario anche alle società pubbliche⁷⁹. Successivamente alla sempre maggiore importanza assunta dalle società pubbliche, generalmente intese, e con esse dalle società *in house*, il silenzio nei confronti della questione in oggetto non risultava più essere adeguato ai tempi, fu così che il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere con una “coraggiosa” pronuncia del 2009⁸⁰, ruppe – finalmente – il silenzio⁸¹.

Nel caso sottoposto al vaglio dei giudici, era stato proposto ricorso di fallimento nei confronti di una società per azioni a totale partecipazione pubblica⁸², titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale. Il Tribunale muoveva la sua decisione dal fatto che riguardo alla natura delle società a partecipazione pubblica “*si registra una evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali e dell'attività di dette società, a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta dalle stesse*”. I passaggi

⁷⁸ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 715

⁷⁹ Corte di Cassazione, 10 gennaio 1979, n. 58 : “ una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato e, quindi, ove ne sussistano i presupposti di imprenditore commerciale sottoposto al regime privatistico ordinario”. Citata anche da D'Attore G., in *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 715.

⁸⁰ Tribunale S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, disponibile su www.ilcaso.it.

⁸¹ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 716

⁸² In particolare la “ACSA CE/3 S.p.A.”

salienti di questa evoluzione sarebbero ravvisabili dal disposto di cui all'art.1 D.Lgs. n. 165/01 che definisce le "amministrazioni pubbliche"⁸³, e nella Direttiva n. 80/723/Cee del 25 giugno 1980, la quale individua gli elementi caratterizzanti l' "impresa pubblica" in parametri di natura sostanziale quali: la detenzione del capitale sociale da parte dell'ente, l'influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società, l'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella tipica dello schema societario; poi confermati dalla giurisprudenza nazionale amministrativa⁸⁴.

In applicazione di tali principi, il Tribunale ha ritenuto che le limitazioni all'autonomia gestionale degli amministratori derivanti dalle specifiche previsioni statutarie, la strumentalità della società rispetto al perseguimento di interessi pubblici, l'esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, la rilevante ingerenza (indiretta) sia nell'attività del soggetto che nella nomina degli amministratori, da parte di organi promananti dallo Stato, nonché l'erogazione di risorse finanziarie per il raggiungimento di fini pubblicistici, dovessero condurre al riconoscimento della natura pubblica della società, indipendentemente dal fatto che la veste giuridica formalmente adottata fosse quella di una società per azioni. Per la prima volta, dunque, un Tribunale fallimentare pone come premessa alla propria argomentazione l'accertamento della "reale natura"⁸⁵ della società a partecipazione pubblica, sul presupposto che la qualifica giuridica a monte, condiziona l'individuazione della normativa concretamente applicabile a valle. Il principio generale che il Tribunale vuole affermare si traduce, dunque,

⁸³ Si intendono amministrazioni pubbliche: le amministrazioni dello Stato, compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, le istituzioni universitarie, le Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle p.a. e le Agenzie di cui al D.Lgs. n. 300/99.

⁸⁴ In particolare, con la decisione 308/2006, il CdS individua un'esauritiva elencazione degli elementi che occorre analizzare al fine di "appurare se ci si trovi in un caso di privatizzazione solo formale" o sostanziale.

⁸⁵ Procedendo, dunque, con la concreta applicazione del metodo "tipologico pubblicistico", analizzato nel Capitolo 2.

nella necessità di non “fermarsi” allo studio del dato formale al fine di definire la normativa applicabile ad un determinato soggetto, ma di spingersi oltre, nella concreta analisi dei parametri caratteristici di quel soggetto, al fine di valutare se la sua natura sostanziale coincide o meno con quella formale, dando – nel caso in cui non coincida – maggiore rilevanza al dato sostanziale⁸⁶. Nel caso di specie, infatti, seppur la società fosse costituita nella forma di una società per azioni privata, il Tribunale ravvisava dei parametri tali da poterla considerare come prolungamento organizzativo dell’ente pubblico, tanto da prevederne l’assoggettamento alla disciplina di quest’ultimo che, nell’ambito oggetto di studio, determina l’esclusione dal fallimento.

La prevalenza della natura dell’azionista sulla natura dell’attività ha caratterizzato anche la pronuncia del Tribunale di Patti⁸⁷, il quale riprendendo un principio affermato dalla giurisprudenza amministrativa⁸⁸ fa leva sul fatto che “*ai fini dell’identificazione della natura pubblica di un soggetto, la forma societaria è neutra e la quasi integrale pertinenza a referenti pubblici del pacchetto azionario dimostra che si è al cospetto di uno strumento alternativo alla forme tradizionali di intervento, in quanto anche le società per azioni si possono presentare come un’articolazione organizzativa dell’ente di riferimento.*” Anche per la pronuncia in oggetto, come avveniva nel caso in precedenza esaminato, l’aspetto formale viene del tutto trascurato a favore del dato sostanziale: è irrilevante, dunque, che la società abbia la veste giuridica di una società di capitali privata, se presenta aspetti di effettiva pubblicità. Il Tribunale, infatti, concluderà escludendo l’assoggettamento alla procedura fallimentare della società convenuta in giudizio⁸⁹.

⁸⁶ D’ATTORRE G., *Le società pubbliche possono fallire?* in *Il Fallimento*, 2009, n. 6, p.715.

⁸⁷ Tribunale di Patti, 6 marzo 2009, disponibile su www.ilcaso.it.

⁸⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n.1885, disponibile su www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁸⁹ Il C. soc. coop. ,la M. S.p.A e il Consorzio F. chiedono il fallimento della ATO ME1. S.p.A, stante la rilevante entità del credito vantato e la notoria situazione d’insolvenza che affligge la ATO.

Ad un risultato analogo, a quelli già analizzati, arriva il Tribunale di Catania in un' importante pronuncia⁹⁰, con cui conferma la prevalenza dell'aspetto sostanziale su quello formale, dimostrando di pervenire al medesimo risultato – ossia all'esclusione della fallibilità di una società *in house* – sia che si utilizzasse il metodo tipologico pubblicistico, che quello funzionale. Procedendo per gradi, nel caso di specie, si assisteva alla S.T. s.r.l. che chiedeva la dichiarazione di fallimento della A. s.p.a., società di servizi a partecipazione pubblica. Il Tribunale propone la valorizzazione del dato sostanziale per riconoscere la natura pubblica anche a società formalmente private. A sostegno di tale impostazione – sottolinea – vi sarebbero delle pronunce della Corte Costituzionale con cui si è previsto che il dato sostanziale prevalesse, tanto da ammettere al controllo della Corte dei conti, notoriamente competente per gli enti pubblici, le società per azioni detenute dallo Stato⁹¹ e prevedendo l'obbligo, per queste, di assumere personale secondo procedure ad evidenza pubblica⁹². Analizzando lo Statuto, il Tribunale giunge alla conclusione che la A. s.p.a. debba considerarsi un soggetto avente natura pubblica dal momento che risulta esserci stato quel trasferimento dell'esercizio di una pubblica funzione, tale da ammettere che la società rivesta la qualifica di organo indiretto della pubblica amministrazione. Sulla base di quanto detto, si deve concludere che essendo la A. s.p.a. in realtà un ente pubblico, non può essere assoggettata a fallimento. Allo stesso esito – afferma il Tribunale siciliano – si giungerebbe se invece del metodo tipologico, si adottasse il metodo funzionale⁹³ che, come già detto, è volto a verificare gli effettivi interessi da tutelare al fine di definire la disciplina concretamente applicabile, rinunciando ad una qualificazione “a monte” del soggetto. In concreto, anche secondo tale approccio interpretativo, si dovrebbe pervenire ad escludere dall'ambito di applicazione del fallimento la A. s.p.a., dal momento che questa soddisferebbe i

⁹⁰ Tribunale di Catania, 26 marzo 2010, disponibile su www.ilcaso.it.

⁹¹ Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466.

⁹² Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29.

⁹³ Elaborato da G. D'Attorre, affrontato nel capitolo 2.

connotati della “necessità”⁹⁴, da individuarsi nel senso che la sua esistenza è considerata “necessaria”, dall’ente territoriale, in quanto inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi. Qualunque sia il procedimento ermeneutico adottato, risulta, quindi, possibile collocare la società di capitali nella sfera pubblica.

Al fine di meglio comprendere le perplessità, degli ultimi anni, in ordine al trattamento da riservare alle società *in house*, in ambito del diritto fallimentare, non possiamo non fare riferimento alla discorde presa di posizione della Corte di Cassazione in relazione al fenomeno delle società pubbliche. In particolare deve essere segnalata la sentenza del 29 settembre 2013 n. 22209, nella quale ad avviso dei giudici di legittimità le suddette società⁹⁵ devono essere sottoposte a fallimento in quanto la scelta di operare secondo le regole delle società di capitali renderebbe – sempre – necessaria l’applicazione dell’intera disciplina delle società commerciali. Nella sentenza n. 26283⁹⁶ del medesimo anno, invece, in cui è stato affrontato il tema dell’individuazione del giudice avente la giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, si conclude che questa spetta alla Corte dei conti, là dove si riscontri che gli amministratori non abbiano agito scorrettamente nella gestione del patrimonio sociale della società *in house*. Questa dualità di vedute da parte della Suprema Corte – che da un lato evidenzia la natura privata e dall’altro valorizza l’essenza pubblica – non è passata inosservata al Tribunale di Verona⁹⁷ che, tuttavia, ha concluso, ancora una volta, per la rilevanza del dato sostanziale.

⁹⁴ D’ATTORRE G., “Le società in mani pubbliche “necessarie” sono escluse dal fallimento, perché l’eventuale apertura della procedura concorsuale lederebbe gli interessi pubblici. Al contrario, le società in mano pubblica “non necessarie” rimangono soggette al fallimento perché la procedura concorsuale non lederebbe alcun interesse.” da *“Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile in Il Fallimento, 2010, n. 6, p. 689.*

⁹⁵ Nel caso di specie si ammetteva al fallimento una società a capitale misto pubblico-privato.

⁹⁶ Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n. 26283, disponibile su www.ilcaso.it, tema già affrontato, con esito contrario, dalla sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806.

⁹⁷ Tribunale di Verona, 19 dicembre 2013, disponibile su www.ilcaso.it.

Il giudice veneto riprendendo quanto detto nella già citata sentenza n. 26283 – ovvero che “*di società di capitali intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare*” – conferma la tesi sottolineando che le società *in house* non essendo qualificabili come terze, rispetto all’ente partecipante, debbono essere concepite come mere articolazioni degli enti pubblici, e dunque ad esse deve essere estesa l’esenzione dal fallimento.

L’esclusione dal fallimento delle società *in house* viene garantita anche dal Tribunale di Napoli⁹⁸ che, in una recente sentenza, ha posto in essere un percorso argomentativo molto simile a quello precedentemente adottato dal Tribunale di Verona: “*imperniato sulla immedesimazione e sulla non alterità della società rispetto all’ente per il quale svolge funzioni necessarie*”⁹⁹. Il giudice partenopeo si concentra, come avveniva per il giudice veneto, non sulla sentenza n. 22209 con cui la Suprema Corte si era espressa circa la fallibilità di una società pubblica, bensì sulla sentenza n. 26283 dal momento che viene affrontato dalle Sezioni Unite – sebbene relativamente ad un’altra questione – più specificatamente il tema delle società *in house*, piuttosto che quello delle società pubbliche generalmente intese. I giudici di merito osservano come – con riferimento alle società oggetto di studio – la Corte di Cassazione abbia osservato che il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società venga squarciato, tanto da annullare la distinzione tra il socio (pubblico) e la società (*in house*). Il *piercing del corporate veil* determina, come inevitabile conseguenza, che la distinzione tra il patrimonio dell’ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Sebbene le Sezioni Unite abbiano operato una simile ricostruzione del fenomeno dell’*in*

⁹⁸ Tribunale di Napoli, 1 gennaio 2014, disponibile su www.ilcaso.it.

⁹⁹ GERARDO M., *Corollari delle società in house: esclusione dal fallimento ed applicazione della normativa organizzativa relativa al socio pubblico. In specie, ove l’ente ausiliario sia un P.A. patrocinio dell’Avvocatura di Stato in Rassegna Avvocatura dello Stato* n.1, 2014 p.32 ss.

house providing ai fini del riparto di giurisdizione in merito all'azione di responsabilità, il Tribunale di Napoli ritiene che analoghe conclusioni debbano essere prese anche relativamente alla questione dell'assoggettabilità della società *in house* alla disciplina del fallimento¹⁰⁰. Infatti, se è vero che gli enti pubblici sono sottratti dal fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi non potrebbe – secondo il Tribunale – essere soggetta alla liquidazione fallimentare, poiché concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico. In altre parole, i giudici napoletani ritengono che la sentenza della Suprema Corte, da ultimo citata, sia la chiave di svolta ai fini dell'individuazione della disciplina concretamente applicabile, alle società studiate, relativamente al diritto fallimentare. Dopo la sentenza n. 26283, infatti, non sarebbe più possibile configurare un rapporto di alterità tra il soggetto partecipante e quello partecipato, su cui, invece, si fondava la pregressa giurisprudenza, anche di legittimità, che riteneva la fallibilità delle società pubbliche, proprio in quanto soggetto giuridico di fatto distinto dal socio pubblico¹⁰¹. Ad ora sono state analizzate tutte quelle pronunce giurisprudenziali in cui, la rilevanza che è stata riconosciuta al dato sostanziale rispetto a quello formale, si è chiaramente esplicitata nella decisione – presa dai Tribunali – di escludere dal fallimento le società *in house*. Tuttavia la modalità di procedere finora riscontrata non appartiene solo a quei Tribunali che giungono ad un siffatto risultato, ma è riscontrabile anche nelle sentenze che – seppure concordando sulla predominanza della sostanza sulla forma – conducono ad ammettere la fallibilità della società in mano pubblica dal momento che, nelle fattispecie concretamente analizzate, non sarebbe stato possibile individuare quelle caratteristiche tali da far protendere per la natura effettivamente pubblica di una società di capitali privata.

¹⁰⁰ GERARDO M., *Corollari delle società in house: esclusione dal fallimento ed applicazione della normativa organizzativa relativa al socio pubblico. In specie, ove l'ente ausiliario sia un P.A patrociniato dell'Avvocatura di Stato in Rassegna Avvocatura dello Stato* n.1, 2014 p.32 ss.

¹⁰¹ Corte di Cassazione civ. n. 22209/2013 e Corte di Cassazione n. 21991/2012, disponibili su www.ilcaso.it.

È questo il caso del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere¹⁰² che – in linea con la sentenza analizzata all’inizio del paragrafo e a questa immediatamente successiva – è concorde nel valorizzare il dato sostanziale, stabilendo che *“le forme privatistiche di esercizio di impresa commerciale possono comportare dei problemi di qualificazione in termini di soggetto pubblico, ma solo nel caso in cui sia l’aspetto gestionale sia quello relativo alla concreta attività della società risultino completamente avulsi dalle regole e dagli schemi del diritto commerciale, così da rendere la società stessa una mera articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa”*. Il Tribunale, procedendo secondo il noto metodo tipologico pubblicistico, ritiene *“doveroso il vaglio in ordine all’inquadramento dell’ente in oggetto”*¹⁰³ *nell’ambito dei soggetti giuridici di diritto privato oppure negli enti di diritto pubblico”*. Al fine di poter dichiarare la società per azioni, un soggetto di diritto pubblico – sottratto alle regole privatistiche – il giudice siciliano reputa necessario il soddisfacimento di molteplici indici, tra i quali: i) il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell’ente pubblico; ii) l’impresa non deve avere una vocazione commerciale; iii) il consiglio di amministrazione non deve avere poteri rilevanti e l’ente partecipante deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli normalmente riconosciuti alla maggioranza sociale dal diritto societario; iv) le decisioni strategiche devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante. In altre parole, dunque, là dove tali indici – che come si nota, sono i medesimi indici che caratterizzano le società *in house* – vengano assolti, si potrà prevedere la riqualificazione della società in ente pubblico, in caso contrario tale conversione, della natura del soggetto, non sarà possibile. Nel caso di specie i parametri suddetti non erano soddisfatti, motivo per cui il Tribunale escludeva che ricorresse l’ipotesi di esclusione dal fallimento

¹⁰² Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 21 luglio 2009, disponibile su www.ilcaso.it.

¹⁰³ In particolare si faceva riferimento ad una società di capitali, la A.C.M.S. s.p.a. in liquidazione, che si era costituita per effetto di trasformazione da forma consortile in società per azioni partecipata esclusivamente da enti pubblici, tra cui la Provincia di Catania e alcuni Comuni della Provincia di Caserta.

prevista dall'art.1 l.f., che si sarebbe potuta prevedere, là dove quegli stessi indici avessero trovato conferma.

Nella stessa direzione individuiamo il Tribunale di Velletri¹⁰⁴ e il Tribunale di Nola¹⁰⁵.

I giudici di merito, in entrambi i casi, ritengono, infatti, che i requisiti necessari alla possibile riqualificazione della società privata in soggetto di natura pubblica non vengano soddisfatti. In particolare, nella fattispecie specificatamente affrontata dal Tribunale di Velletri, ci si trovava di fronte ad una società per azioni a totale partecipazione pubblica il cui statuto, tuttavia, non prevedeva alcuna ingerenza degli enti locali nella gestione complessiva della società e neanche la potestà di verifica del bilancio; non era, cioè, ravvisabile un vero e proprio controllo analogo. La vocazione commerciale, inoltre, sembrava sussistere alla luce dell'oggetto sociale, il quale garantiva l'espletamento dell'attività a favore di terzi.

Nel caso, invece, sottoposto al vaglio del giudice napoletano, questo reputava fallibile¹⁰⁶ una società per azioni interamente partecipata dal Comune di Pomigliano d'Arco. Nonostante, infatti, lo statuto della società prevedesse che il Comune dovesse esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, il giudice ravvisava come, concretamente, questo non avvenisse dal momento che la gestione era saldamente nelle mani del consiglio di amministrazione e questo si sarebbe dovuto rivolgere previamente all'ente, solo per gli atti di straordinaria amministrazione¹⁰⁷.

In entrambi i casi affrontati, dunque, le modalità di svolgimento dei rapporti tra l'ente territoriale e la società, non erano tali da privare quest'ultima della sua

¹⁰⁴ Tribunale di Velletri, 8 marzo 2010, disponibile su www.ilcaso.it.

¹⁰⁵ Tribunale di Nola, 17 giugno 2010, disponibile su www.ilcaso.it.

¹⁰⁶ I giudici concluderanno ritenendo che non vi siano elementi sufficienti per ritenere che la Enam S.p.A., società oggetto della sentenza, debba fallire; ma alla luce della sua struttura societaria, ritengono che là dove si riuscisse a dimostrare il suo stato d'insolvenza sarebbe sicuramente assoggettabile alla procedura fallimentare.

¹⁰⁷ Nello stesso senso anche il Tribunale di Palermo, 11 febbraio 2010 che ai fini della fallibilità valorizza la previsione di organi, strutturati come nelle società di capitali.

piena autonomia poiché – come affermato dal Tribunale di Nola – “*il funzionamento della stessa veniva condizionato non dai poteri pubblicistici dei Comuni partecipanti, ma dai poteri privati esercitati dagli organi statutari, secondo le regole del diritto societario*”¹⁰⁸. In quest’ottica, dunque, sebbene i Tribunali propendessero per una valorizzazione dell’aspetto sostanziale, i dati su cui poter operare un eventuale passaggio da soggetto di natura privata a soggetto di natura pubblica non venivano concretamente soddisfatti, portando al necessario fallimento delle società.

Per terminare la casistica della giurisprudenza che ritiene che la “reale natura” delle società debba prevalere sulla veste giuridica di fatto adottata, non possiamo escludere un riferimento a quanto stabilito dalla Corte di Appello di Torino¹⁰⁹ la quale, con una sentenza del 2010, ha operato una riqualificazione “al contrario” sostenendo, dunque, che il Consorzio Azienda Servizi Ambiente¹¹⁰, interamente partecipato da enti pubblici, potesse essere assoggettato alle disposizioni concorsuali¹¹¹, poiché sostanzialmente soggetto privato¹¹².

3.2. Orientamento favorevole: la società *in house* è una società di capitali

All’orientamento appena analizzato, se ne contrappone uno di segno diametralmente opposto, in cui ad assumere rilevanza non è più il dato sostanziale, bensì quello formale.

¹⁰⁸ Tribunale di Nola, 17 giugno 2010

¹⁰⁹ Corte di Appello di Torino, 15 febbraio 2010, disponibile su www.ilcaso.it.

¹¹⁰ La A.S.A. aveva adito il Tribunale di Ivrea per far accertare il suo stato di insolvenza, ma lo stesso respingeva l’istanza, motivo per cui il Consorzio ricorre in appello.

¹¹¹ In particolare si riteneva possibile l’assoggettamento alla procedura di amministrazione straordinaria, poiché ritenuti soddisfatti i requisiti di cui al d.lgs. n. 270/1999; nonostante l’ordinanza delle Sezioni Unite, 22 dicembre 2003, n. 19667, avesse stabilito che i consorzi fra enti locali per la gestione di servizi pubblici hanno natura di enti pubblici economici.

¹¹² In particolare la decisione veniva presa in base ai seguenti motivi: la forma non è elemento ostacolante ad un’eventuale riqualificazione del soggetto; l’attività concretamente svolta era indirizzata al libero mercato, con marginale rilievo dei settori in affidamento diretto; il *core business* prevaleva sull’erogazione di servizi pubblici e la società era organizzata secondo il normale schema adottato dalle società per azioni.

Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma giuridica come presupposto per una riqualificazione dell'ente – secondo i sostenitori di questo approccio interpretativo – sarebbe stato accolto, erroneamente, dai tribunali fallimentari sulla scorta di un consolidato orientamento della giurisprudenza contabile e amministrativa che, in passato, ne hanno applicato i corollari per la soluzione di problemi ben diversi da quello della fallibilità, tra questi: “i) *per dedurre il mantenimento della Corte dei Conti sugli enti privatizzati, sovvenzionati ordinariamente dallo Stato o dagli enti pubblici azionisti; ii) per riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversie inerenti le società esercenti attività volte al perseguimento di finalità di interesse pubblico*”¹¹³. In particolare, i giudici amministrativi hanno, spesso, riqualificato le società formalmente private, ritenendone *tout court* la natura pubblica, specialmente, sulla base di un uso “atecnico” – secondo chi appoggia l'orientamento con cui si preferisce il dato formale – del termine “*organismo di diritto pubblico*”¹¹⁴. Tale espressione sarebbe stata interpretata, infatti, in modo eccessivamente ampio, al fine di riqualificare l'imprenditore commerciale come soggetto di natura pubblica¹¹⁵. Procedendo in un siffatto percorso ermeneutico l'orientamento, in precedenza esaminato, avrebbe ricondotto – una volta individuati alcuni parametri – le società partecipate da enti pubblici, nell'alveo degli organismi di diritto pubblico, con la conseguente esclusione dal fallimento,

¹¹³ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in *La riforma della Legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 533 ss.; SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

¹¹⁴ D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, art. 3, comma 26, definisce organismo di diritto pubblico: “..qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente le esigenze di interesse generale, aventi carattere industriale o commerciale, - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato o dagli enti pubblici, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di quest'ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o vigilanza sia costituito dai membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

¹¹⁵ FIMMANÒ., *Il fallimento delle società pubbliche* in *Crisi d'impresa e fallimento*, 18 dicembre 2014, in www.ilcaso.it

in virtù dell' effettiva natura. Al contrario, secondo chi sostiene il criterio formale, le pronunce citate non andrebbero eccessivamente valorizzate, trattandosi di interventi settoriali e specifici che si giustificano in funzione dello scopo istituzionale perseguito dalle società e dalla conseguente esigenza di controllo delle risorse pubbliche, ma che non avrebbero avuto il fine di riqualificare queste società in enti pubblici¹¹⁶.

La principale critica che viene mossa nei confronti dell'orientamento sfavorevole all'assoggettamento delle società pubbliche – e più specificatamente di quelle *in house* – alle procedure concorsuali, nasce con riferimento all'inesistenza di un qualsiasi dato normativo che possa far propendere per una simile conclusione. Nel codice civile, infatti, in materia di società partecipate da enti pubblici è da individuarsi esclusivamente l'art. 2449, rimasto invariato dopo le modifiche apportate al diritto societario dal d.lgs. 6/2003, per cui sembra chiaro l'intento del legislatore in base al quale si deve prevedere che in mancanza di diverse disposizioni di legge, le iniziative economiche pubbliche per le quali si ricorra alla forma societaria sono soggette alla disciplina generale delle società per azioni. Nella stessa ottica si colloca la riforma della legge fallimentare¹¹⁷ che nel riscrivere l'art.1 l.f. ha lasciato sostanzialmente invariato il primo comma, secondo cui “sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”, confermando in questo modo la scelta originaria del 1942 con cui le società in mano pubblica venivano ricondotte, in linea generale, alle società di diritto comune¹¹⁸. La costruzione con cui si vuole sottrarre dal fallimento la società pubblicamente partecipata, assimilandola agli enti pubblici, presenterebbe, poi, degli aspetti di debolezza, ravvisabili nell'insuperabile incoerenza sistematica a cui una simile impostazione porterebbe. Se, infatti,

¹¹⁶ POSITANO G., *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica in Diritto Fallimentare*, 2013, p. 563 ss.

¹¹⁷ d.lgs. 9.1.2006 n. 5, e d.lgs. 12.9.2007, n. 169

¹¹⁸ SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali in Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011; POSITANO G., *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica in Diritto Fallimentare*, 2013, p. 563 ss.

concepissimo il nostro ordinamento come una piramide: alla base individueremmo le regole che disciplinano i singoli soggetti, ovvero le società, e al vertice, la superiore regolamentazione del contesto in cui tali soggetti realizzano la propria attività, rappresentato dal mercato concorrenziale. In un simile ambiente, dunque, la dinamica tipica dell'impresa si concretizza nell'accesso, nella permanenza e nell'esclusione dal mercato, secondo il criterio selettivo della concorrenza, e il fallimento nonché le altre procedure concorsuali si pongono come un fisiologico epilogo dell'imprenditore, al fine di eliminare le imprese deboli così da rendere nuovamente disponibili i capitali in esse impegnati, a favore di imprese più efficienti¹¹⁹.

Stabilire che una società non è assoggettabile a fallimento comporterebbe, alla luce di quanto detto, un'inconcepibile rottura, da cui emergerebbe che: lo Stato e gli enti pubblici sarebbero ingiustificatamente avvantaggiati, poiché per questi si prevedrebbe la possibilità di partecipare in società di capitali, presumendo – a priori – la loro sottrazione dalle conseguenze negative dello statuto dell'imprenditore.

Quanto finora detto, in ambito giurisprudenziale, è tornato ad affermarsi solo in tempi recenti. I tribunali fallimentari sembrano, infatti, aver “accantonato” il *modus operandi* con cui si dava prevalenza alla sostanza, per accogliere la tesi orientata alla valorizzazione della forma. Un'importante sentenza, a dimostrazione di quanto affermato, è stata pronunciata dalla Corte di Appello di Napoli¹²⁰, la quale, nel caso di specie, confermava la dichiarazione di fallimento – di una società di capitali partecipata, indirettamente e totalmente, dalla Regione Campania – pronunciata in primo grado dal Tribunale di Napoli, riconoscendo, inoltre, i requisiti per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria.

¹¹⁹ DI MARZIO F., *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare* in *Le Società pubbliche, ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F.Fimmanò Edizione Giuffrè 2011, p. 377 e ss.

¹²⁰ Corte di Appello di Napoli, 24 aprile 2013, disponibile su www.ilcaso.it.

La Corte, ponendosi in controtendenza rispetto alla prassi giurisprudenziale precedentemente analizzata¹²¹, concentrava la sua attenzione sulla veste giuridica formalmente assunta dalla società, della quale si voleva accertare lo stato di insolvenza al fine di dichiararne il fallimento. Secondo i Giudici partenopei le società partecipate da enti pubblici, anche in presenza di significativi indici sintomatici di pubblicità, non possono mai essere riqualificate come enti pubblici dal momento che, perché questo fosse possibile, sarebbe necessaria una previsione legislativa. La riserva di legge di cui all'art. 4 della legge 70/1975, dunque, *“non può ritenersi superata o implicitamente abrogata, dalle disposizioni legislative che negli ultimi anni hanno accolto una nozione ampia e sostanzialistica di ente pubblico e di organismo di diritto pubblico”*¹²², ma, al contrario, rimane un caposaldo a cui dover guardare quando si pensa di poter operare una conversione della natura di un soggetto da privata a pubblica. A fondamento della loro teoria, i Giudici, richiamano anche la giurisprudenza di legittimità, in particolare la sentenza delle Sezioni Unite n. 7799 del 2005¹²³, la quale nell'affermare che *“la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato, solo perché il Comune ne posseda, in tutto o in parte le azioni”* e che, quindi, il rapporto tra ente locale e società è di assoluta autonomia¹²⁴, propenderebbe a favore della tesi in oggetto. La Corte, nell'espone i motivi che determineranno la sua presa di posizione a favore dell'assoggettabilità a fallimento delle società pubbliche generalmente intese e anche di quelle *in house*¹²⁵, contesta non soltanto il metodo tipologico

¹²¹ Ma confermando un suo precedente del 15 luglio 2009, con cui dichiarava fallita la Pomigliano Ambiente s.p.a.

¹²² POSITANO G., *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica in Diritto Fallimentare*, 2013, p. 563 ss.

¹²³ Corte di Cassazione, 15 aprile, 2005 n.7799.

¹²⁴ Tesi avvalorata anche dalla richiamata sentenza della Corte di Cassazione, 22 dicembre 2011, n.28329, con cui la “Rai-Radiotelevisione s.p.a., pur costituendo un organismo di diritto pubblico ed essendo soggetto a varie forme di controllo ed indirizzo pubblici, resta pur sempre una società per azioni, e dunque soggetta alle regole privatistiche, ove la legge non disponga diversamente.”

¹²⁵ Testualmente: “può insomma concludersi che, allo stato della normativa, le società in mano pubblica, *anche quando* siano concessionarie esclusive di servizi pubblici essenziali, forniscano beni o servizi da esse prodotti esclusivamente

pubblicistico, come si è già visto, ma procede anche nell'obiezione dell'alternativo metodo funzionale con cui l'esclusione dal fallimento verrebbe limitata alle sole società considerate "necessarie" per l'ente pubblico di riferimento. Una simile impostazione sarebbe frutto, a parere dei Giudici, di un'inaccettabile confusione tra titolarità ed esercizio dei servizi pubblici, e tra essenzialità di un determinato servizio pubblico e quella del soggetto cui è affidato l'esercizio. Potrebbe, cioè, essere considerato necessario il servizio o l'ente che ne ha titolarità, ma non l'ente, pubblico o privato, cui è affidata l'esecuzione¹²⁶. Il discrimine della "necessità", inoltre, appare di difficile perimetrazione poiché stabilire se un servizio sia essenziale o meno, non è un'operazione per niente agevole e potrebbe venir meno la certezza del diritto, dovuta proprio alla difficoltà di "oggettivizzare" un simile concetto, senza considerare, poi, che la necessità di "*non interrompere l'erogazione del servizio è un'esigenza propria di ogni servizio pubblico, non solo di quelli essenziali*"¹²⁷.

Nella stessa direzione troviamo il Tribunale di Modena e Tribunale di Pescara.

Procedendo con l'analisi della prima sentenza¹²⁸, nel caso di specie ci si interrogava circa la possibilità di ammettere al concordato preventivo la Sassuolo Gestioni Patrimoniali s.r.l., partecipata integralmente dal Comune di Sassuolo e avente un oggetto sociale da cui – lo stesso Tribunale di Modena afferma – è possibile dedurre l'appartenenza al modello dell' *in house providing*. A sostegno dell'assoggettabilità alla procedura di concordato preventivo, vengono richiamate due pronunce della Corte di Cassazione, dalle quali sembrerebbe chiaro che i giudici di legittimità abbiano optato per un rigorosa conformità tra forma prescelta e disciplina applicabile, in particolare il riferimento è alla sentenza n.

all'ente pubblico che ne è l'unico socio, siano alimentate da risorse pubbliche, siano sottoposti a penetranti poteri di ingerenza e di controllo di carattere pubblicistico, siano, ad altri specifici effetti, equiparate agli enti pubblici, non possono essere definite, in linea generale, enti pubblici, nel dovuto rispetto dell'art. 4, legge n. 70/1975."

¹²⁶ Motivi riaffermati anche nelle successive pronunce della Corte di Appello di Napoli, in particolare nella sentenza 24 aprile 2013 e nella sentenza 27 maggio 2013.

¹²⁷ FIORANI L.E., *Società "pubbliche" e fallimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 554 ss.

¹²⁸ Tribunale di Modena, 10 gennaio 2014, disponibile su www.ilcaso.it.

21991/2012¹²⁹ con cui si ribadisce il concetto tale per cui una società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato dal momento che, per le vicende della stessa, non assume rilievo la persona dell'azionista, che sarà considerato – indipendentemente dalla sua natura e là dove posseda la prevalenza o la totalità del capitale sociale – alla stregua di un “normale” socio di maggioranza¹³⁰. La seconda pronuncia richiamata è la n. 22209 del 2013¹³¹, la quale rafforzava la centralità dell'art.4, della legge 70/1974, ai sensi del quale, come già più volte detto, non sarebbe possibile, in assenza di un'espressa previsione normativa, qualificare un ente come pubblico. I giudici di legittimità, inoltre, chiariscono di non ritenere “*persuasivo l'argomento che, dalla necessità del servizio pubblico gestito, vorrebbe far derivare la necessità del soggetto privato che lo eroga, con conseguente sua esenzione dal fallimento*”. Questo alla luce di quanto disposto dal d.lgs. 134/08, convertito dalla l. 166/08 che, dettando specifiche norme in materia di ristrutturazioni industriali di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, al fine di evitare dannose interruzioni, comunque non esclude che tali imprese siano soggette alla procedura di amministrazione straordinaria¹³². Risulterebbe, dunque, privo di coerenza un sistema in cui i gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungono le soglie dimensionali necessarie per accedere all'amministrazione vengano esclusi, *tout court*, dall'assoggettamento a qualsiasi altra procedura. Il Tribunale di Modena, per completezza espositiva, richiama anche la sentenza n. 26283 del 2013¹³³ che, riconoscendo la giurisdizione della Corte dei conti sulle società *in house*, ha

¹²⁹ Corte di Cassazione, 6 dicembre 2012, n. 21991, disponibile su www.ilcaso.it.

¹³⁰ In accordo con tale orientamento: LIBONATI B. *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata* in Relazione al Convegno Assonime-LUISS “Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina”, Roma 13 maggio 2009, in www.assonime.it

¹³¹ Corte di Cassazione, 10 gennaio 2014, n. 22209, disponibile su www.ilcaso.it, con cui La Corte ammette alla procedura fallimentare una società mista pubblico-privata.

¹³² SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in La riforma della Legge fallimentare, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 548.

¹³³ Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n. 26283.

posto l'accento sulla sostanziale differenza tra queste e le altre società in mano pubblica, data dal differente rapporto che intercorre tra la società e l'ente partecipante, che sarebbe tale da far venir meno il velo che, notoriamente, nasconde il socio dietro lo schermo societario. I giudici modenesi affermano che alla pronuncia in oggetto dovrebbe essere riconosciuta, esclusivamente, una valenza settoriale, poiché le peculiarità della società *in house* sarebbero state considerate, da un lato, con riferimento agli aspetti concernenti il rapporto tra eterodirezione e autonomia degli amministratori, dall'altro, relativamente al rapporto esistente tra patrimonio societario e finalità perseguite dall'ente partecipante, ma esse non sarebbero mai state considerate sotto il profilo generale attinente la loro natura. Si giunge, dunque, ad affermare che sebbene la società *in house* possa essere considerata una *longa manus* della pubblica amministrazione, questo “*non comporta, per quanto concerne la soggezione alla normativa civilista, un annullamento completo dell'alterità giuridica della società anche per qualunque altro profilo*”. In altri termini se la società *in house* esiste con tutte le sue caratteristiche formali e sostanziali, non si vede quali potrebbero essere gli ostacoli al suo assoggettamento ad una procedura concorsuale. Senza contare – fa notare il Tribunale – che se procedessimo nel verso opposto, negando la possibilità di accedere alle procedure dette, verrebbe meno la tutela dei terzi che avrebbero avuto rapporti con la società nella convinzione che si trattasse di una società di capitali, e che poi, al momento di far valere la garanzia sul patrimonio, si troverebbero di fronte ad un soggetto completamente diverso, escluso dalle procedure, sulla base di un diritto pretorio¹³⁴.

Il Tribunale di Pescara¹³⁵, con una sentenza immediatamente successiva a quella del Tribunale di Modena, conferma l'ipotesi secondo cui la società *in house* è una società di capitali, a tutti gli effetti e, in quanto tale, fisiologica deve ritenersi la sua fallibilità.

¹³⁴ CODAZZI E., *La società pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina tra diritto dell'impresa e diritto della società* in www.orizzontideldirittocommerciale.it, p. 6.

¹³⁵ Tribunale di Pescara, 14 gennaio 2014, disponibile su www.ilcaso.it.

I giudici abruzzesi al fine di avvalorare la loro tesi, hanno, nuovamente, richiamato la sentenza n.22209/2013 e un parere della Corte dei conti¹³⁶ che, nell'esaminare la questione della legittimità della concessione di un mutuo da parte di un Comune nei confronti di una società *in house*, stabilisce che “*la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette nel rapporto coi terzi, né sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria stabilita dal codice civile*”. Per cui, anche secondo il Tribunale di Modena, il rapporto funzionale tra la società e l'ente proprietario – sebbene regolato da un rapporto di vera e propria delegazione interorganica – non si riflette sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria. Alla luce di quanto detto, non si pongono le premesse per poter affermare che il contemperamento tra la tutela dei creditori e la necessità di efficiente gestione di un servizio possa realizzarsi tramite privilegi, tipicamente previsti per gli enti pubblici, come, appunto, l'esenzione dal fallimento. Per questo, la conclusione cui si giunge è l'ammissione della società in oggetto alla procedura di concordato preventivo.

3.3. Il requisito dell'imprenditorialità prevale sulla natura: il terzo orientamento

Se la giurisprudenza, finora esaminata, per ammettere o per escludere la fallibilità delle società *in house*, si è concentrata – esclusivamente – sulla natura loro attribuibile, al fine di pervenire ad una collocazione nella sfera privata o in quella pubblica, altra parte della giurisprudenza di merito si è, invece, concentrata sul requisito dell'imprenditorialità.

Secondo questo orientamento, la società in mano pubblica, al ricorrere di alcune circostanze, non sarebbe fallibile non perché qualificabile in termini di ente pubblico, ma poiché non sarebbe possibile ricondurla alla categoria dell'imprenditore commerciale. Il metodo in esame, dunque, preferisce concentrarsi, piuttosto che sulla riqualificazione della società in ente pubblico,

¹³⁶ Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia nel parere 29 giugno 2009, n. 385.

sulla natura di “imprenditore commerciale” della stessa e, in particolare, sulla possibilità di configurare un’attività commerciale, che – secondo i sostenitori di questa tesi – non sarebbe un effetto automatico della costituzione in forma societaria, ma andrebbe verificata di volta in volta la sua effettiva presenza¹³⁷.

Nella prassi giurisprudenziale, questo orientamento si è affermato in tempi piuttosto recenti, in particolare, è il Tribunale di Palermo con la pronuncia dell’8 gennaio del 2013¹³⁸ che apre la strada a questa nuova prospettiva. Per la prima volta si ritiene, infatti, che l’approccio da doversi adottare nell’analisi del problema relativo alla fallibilità delle società *in house*, non si concretizzi più nella questione giuridica dell’astratta qualificabilità di un soggetto formalmente privato come ente sostanzialmente pubblico, ma piuttosto si espliciti nella necessità di capire se un soggetto formalmente privato possa, solo per questo, ritenersi impresa commerciale. Il Tribunale di Palermo e poi anche il Tribunale di Avezzano¹³⁹, adottando lo stesso *modus operandi*, concludono, infatti, affermando che procedere secondo il noto metodo “sostanzialistico” non sarebbe corretto, per tre ordini di motivi; da un lato, perché nel momento in cui la pubblica amministrazione decide di perseguire i propri interessi mediante l’utilizzo di una società di capitali, è giusto che questa assuma il rischio di impresa che una siffatta struttura comporta; dall’altro perché non è coerente ammettere alla procedura di amministrazione straordinaria le grandi imprese in crisi operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali¹⁴⁰, escludendo, al contrario, da qualsiasi procedura le stesse imprese che non superino i requisiti dimensionali richiesti per l’accesso all’amministrazione straordinaria; in terzo luogo, poi, una riqualificazione che dalla sostanza coinvolge la forma sarebbe impossibile alla stregua del, già più volte citato, art. 4 della l. n. 70/1975¹⁴¹. In

¹³⁷ D’ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 493 e ss.

¹³⁸ Tribunale di Palermo, 8 gennaio 2013, disponibile su www.ilcaso.it.

¹³⁹ Tribunale di Avezzano 26 luglio 2013, disponibile su www.ilcaso.it.

¹⁴⁰ cfr. art. 27, cm. 1, lett b-bis) d.lgs. n. 270/1999; art.2, co. 2, d.l. n. 347/2003, conv. l. n. 39/2004.

¹⁴¹ Tribunale di Avezzano: “non esiste un *tertium genus* tra persone giuridiche di diritto privato ed enti pubblici, presidiato da regole incerte di diritto pretorio”.

definitiva, la giusta strada da percorrere è verificare se, in concreto, sia possibile riconoscere alla società *in house* l'esercizio di un'attività commerciale, poiché il fatto che la stessa abbia assunto la veste giuridica di società di capitali, non potrebbe essere considerato l'elemento unico e dirimente in base al quale riconoscere tale esercizio. Nel caso specificatamente analizzato dal Tribunale di Palermo, i giudici ritenevano che la società¹⁴², la quale voleva veder dichiarato il proprio fallimento, non potesse essere considerata un imprenditore commerciale, per due ragioni: innanzi tutto perché la Cassazione¹⁴³ – sia pure ai limitati fini dell'applicazione della disciplina del codice degli appalti pubblici – aveva escluso che gli interessi che la società era tesa soddisfare avessero natura industriale o commerciale; poi, perché dallo statuto della società si evinceva l'assenza di una qualsiasi attività svolta nei confronti dei terzi. La natura degli interessi da soddisfare e la mancanza di un contesto economico concorrenziale portano, quindi, ad escludere dal fallimento la società, per la mancanza del requisito soggettivo richiesto dall'art.1 l.f. Nella fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici abruzzesi, invece, questi si trovavano a dover decidere circa l'ammissibilità di una società per azioni¹⁴⁴ alla procedura di concordato preventivo. Tuttavia, i connotati che caratterizzavano la struttura societaria, ovvero: il capitale totalmente in mano pubblica, l'affidamento della gestione del servizio (idrico) che avveniva secondo la modalità "*in house providing*", il controllo analogo da parte dell'ente partecipante a cui la società si sottoponeva, la mancanza di autonomia gestionale, i finanziamenti di natura esclusivamente pubblica, le procedure di assunzione non autodeterminate e soprattutto, anche in questo caso, la natura degli interessi da soddisfare e l'assoluta mancanza di un'attività svolta nei confronti dei terzi, sono tali – secondo il Tribunale di Avezzano – da indurre nella necessità di escludere dal possibile assoggettamento

¹⁴² In particolare "la GE.S.I.P. Palermo s.p.a. in liquidazione ha chiesto la dichiarazione del proprio fallimento deducendo la qualità di imprenditore commerciale fallibile, nonché la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 1 e 5 l.f.".

¹⁴³ Corte di Cassazione sentenza n. 10068/2011.

¹⁴⁴ In particolare del CONSORZIO ACQUEDOTTISTICO MARSICANO – C.A.M. s.p.a.

al concordato la società in oggetto, “*non potendo ravvisare il perseguimento dell’attività precipua lucrativa*”.

Sebbene, come abbiamo visto, parte della giurisprudenza e della dottrina sostenga che l’elemento formale non sia più sufficiente a garantire l’automatica acquisizione dello *status* di imprenditore commerciale, dovendosi, quest’ultimo, verificarsi nel concreto¹⁴⁵; un altro orientamento ritiene che una simile impostazione non sia corretta e, tantomeno, percorribile.

Le predette argomentazioni, utilizzate per affermare la natura non commerciale dell’attività esercitata dalla società *in house*, infatti, non sarebbero condivisibili. Innanzi tutto, l’affermazione del carattere non industriale o commerciale delle esigenze per cui è istituita la società¹⁴⁶ non sarebbe sufficiente per affermare che la stessa società svolga attività non industriale o commerciale, poiché “*la qualificazione in un certo modo del fine perseguito da una certa attività non si traduce automaticamente nella qualificazione, nel medesimo modo, dell’attività svolta per perseguire quel fine*”¹⁴⁷.

Tuttavia, non si potrebbe escludere il carattere commerciale dell’attività neanche sulla base del fatto che la stessa operi in condizioni non concorrenziali¹⁴⁸, come, invece, hanno sostenuto le pronunce di merito precedentemente esaminate. A conferire la qualità di imprenditore commerciale ad una società non sarebbe, infatti, né il contesto economico nel quale la stessa si trova ad operare né, tantomeno, l’effettivo svolgimento di un’attività commerciale. Le società di capitali (anche se a partecipazione pubblica), infatti, acquisterebbero la qualità di imprenditore commerciale al momento della loro costituzione e non dall’inizio del concreto esercizio dell’attività d’impresa, al contrario di quanto avviene per l’imprenditore individuale. Questo significa, in altre parole, che ad assumere

¹⁴⁵ DORIA G., *Osservazioni in tema di insolvenza di società a partecipazione pubblica in Rivista di diritto amministrativo*, fascicolo n.3/2014 disponibile in www.amministrativamente.it

¹⁴⁶ Stabilita sia dal Tribunale di Palermo che dal Tribunale di Avezzano.

¹⁴⁷ P.PIZZA, *Società a partecipazione pubblica e fallimento*, 21 novembre 2013, disponibile su www.ilfallimentaristait.it, richiamato alla nota n.29 da D’ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica in Il Fallimento*, 2014, n. 4, p. 498 e ss.

¹⁴⁸ D’ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica in Il Fallimento*, 2014, n. 4, p. 498 e ss.

rilevanza giuridica è la previsione statutaria nella quale sia possibile configurare come oggetto lo svolgimento di un'attività commerciale; l'indicazione statutaria determina, infatti, la capacità giuridica e il motivo dell'esistenza dell'ente: l'attributo imprenditoriale, che è eventuale quando si tratta di qualificare il comportamento economico di una persona fisica, diventa "naturale" per una società. "Nel primo caso, infatti, non è possibile ravvisare una connessione diretta tra persona fisica ed attività che, al contrario, si individua nel secondo caso, essendo la destinazione commerciale un elemento congenito al soggetto collettivo"¹⁴⁹. Queste considerazioni valgono anche quando la società svolga attività e produca servizi pubblici "senza rilevanza economica" e indipendentemente dal fatto che si collochi in un mercato concorrenziale o che svolga attività a favore di terzi¹⁵⁰, così come afferma il Tribunale di Palermo¹⁵¹, in una recente pronuncia.

I giudici palermitani obiettano che ai fini della fallibilità delle società *in house* non dovrebbe rilevare il requisito dell'imprenditorialità, poiché esso è intrinseco alla società, fin dal momento in cui essa si costituisce, per cui l'assoggettamento alle procedure concorsuali dovrebbe essere fisiologico e "scontato". Sebbene il riconoscimento dello *status* di imprenditore commerciale (oltre al requisito oggettivo) sia l'elemento principale sulla base del quale poter procedere al riconoscimento della fallibilità, il Tribunale di Palermo individua altre cause che protendono a favore di una simile conclusione: l'esigenza di certezza del diritto, per cui se una società per azioni è iscritta come tale nel registro delle imprese è

¹⁴⁹FIMMANO' F., *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* in *Il Fallimento*, 2013 p. 1290 ss.

¹⁵⁰ FIMMANO' F. *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* in *Il Fallimento*, 2013 p. 1299: "Analogamente l'espletamento di attività a favore dei terzi non costituisce condizione imprescindibile della commercialità, se è vero che sono tali e che possono indubbiamente fallire le *holding* "pure" che svolgono, cioè, attività solo a favore delle partecipate".

¹⁵¹ Tribunale di Palermo, 13 gennaio 2014, disponibile su www.ilcaso.it. In particolare al vaglio dei giudici palermitani viene sottoposto il caso in cui la Alto Belice Ambiente s.p.a. in liquidazione (avente i requisiti di una società *in house*) eccepiva l'improcedibilità del ricorso con cui veniva richiesto il suo fallimento, per carenza del requisito soggettivo, invocando la concezione sostanzialistica di impresa pubblica.

giusto assoggettarla alla disciplina per queste prevista; la vigenza del principio generale per cui “nessun ente pubblico può essere istituito se non per legge” (art. 4, L. 70/75) e di quello secondo cui “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, così da concludere che: poiché il legislatore non ha previsto, per le società a partecipazione pubblica, niente di diverso da quelle “private”, le prime debbono seguire la medesima disciplina ordinaria dettata per le seconde¹⁵². Alla stessa conclusione perviene anche il Tribunale di Reggio Emilia¹⁵³, infatti, pur riconoscendo l’indubbia peculiarità della *governance* della società *in house*, sottolinea come questa, al pari delle altre società di capitali, agisca sul mercato con finalità di lucro, da intendersi quale perseguimento, quantomeno, se non di un vero e proprio utile, di un pareggio di bilancio. Ancora una volta, dunque, il requisito soggettivo viene ritenuto soddisfatto *tout court* da tutte le società *in house* che – a parere del Tribunale – debbono essere assoggettabili alle procedure concorsuali¹⁵⁴.

¹⁵² A favore della fallibilità, i giudici di merito evidenziano anche come la pronuncia con cui la Corte di Cassazione ha ammesso la giurisdizione della Corte dei conti (sent. n. 26283/2013) non sia sufficiente al fine di estendere alle società *in house* l’applicazione dell’esclusione di cui all’art.1 l.f. poiché la sentenza in oggetto avrebbe esclusivamente valenza settoriale “senza comportare una più generale riqualificazione della natura delle società *in house* e senza avere alcuna ricaduta sull’assoggettamento alle procedure concorsuali”. Neanche la definizione di organismo pubblico sarebbe sufficiente a operare una siffatta riqualificazione, dal momento che sarebbe circoscritta alla disciplina degli appalti.

¹⁵³ Tribunale di Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, disponibile su www.ilcaso.it.

¹⁵⁴ Nel caso di specie viene assoggettata a fallimento al Montefalcone s.r.l., il cui oggetto sociale chiaramente individua lo svolgimento di un attività comunemente svolta da imprese che gestiscono patrimonio immobiliari.

Capitolo 4

Gli interessi tutelati dai diversi orientamenti

Nel pervenire a diverse conclusioni – optando talvolta per la fallibilità delle società *in house*, talvolta per la loro esclusione dall'assoggettamento alle procedure concorsuali – i tribunali fallimentari hanno manifestato, implicitamente, la volontà di tutelare alcuni interessi piuttosto che altri.

4.1. La prosecuzione dell'attività e l'evitato subentro dell'autorità giudiziaria nella P.A.

Qualora siano stati adottati il metodo tipologico pubblicistico o il metodo funzionale, operando una valorizzazione del dato sostanziale su quello formale, si è giunti ad escludere le società *in house* dall'ambito di applicabilità dell'art.1 l.f., in virtù della loro effettiva natura o della loro “necessità”. Entrambi i *modus operandi* adottati, tuttavia, vengono accomunati dal perseguimento di due obiettivi: innanzi tutto garantire la prosecuzione dell'attività svolta dalla società e, poi, evitare che l'autorità giudiziaria possa subentrare in un contesto, per natura, di competenza esclusivamente amministrativa¹⁵⁵. Con riferimento alla prima delle finalità citate, se si ammettessero al fallimento le società *in house* – ed anche le società pubbliche generalmente intese – si incorerebbe, secondo i sostenitori della tesi sfavorevole alla fallibilità, in un'oggettiva incompatibilità tra la procedura stessa e la tutela degli interessi pubblici¹⁵⁶. Questo dal momento che, essendo l'effetto immediato del fallimento, lo spossessamento del debitore e la cessazione dell'attività d'impresa, come stabilito dall'art.42 l.f., le società incorrerebbero in due “pericolose” conseguenze: i) sarebbero obbligate alla cessazione della propria attività; ii) interrompere con effetto immediato

¹⁵⁵ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009 p. 720.

¹⁵⁶ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009 p. 720.

l'esercizio del pubblico servizio, che erano state chiamate ad erogare¹⁵⁷. Si potrebbe obiettare che per evitare una simile interruzione, una valida soluzione consisterebbe nell'esercizio provvisorio *ex art. 104 l.f.*, utilizzabile quale “*strumento temporaneo per non interrompere la gestione*”¹⁵⁸. L'articolo in esame prevede che il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa anche limitatamente a specifici rami d'azienda, se dall'interruzione può derivare un danno grave, purché la continuazione dell'attività non arrechi pregiudizio ai creditori. Ai fini che qui interessano, si dovrebbe, dunque, ipotizzare che il tribunale possa autorizzare l'esercizio provvisorio finché l'ente locale non provveda a nuove modalità di affidamento del servizio, con gara o mediante autoproduzione¹⁵⁹. “*Una simile ipotesi, tuttavia, non è stata ritenuta praticabile da quella parte della dottrina secondo cui la ratio dell'esercizio provvisorio sarebbe legata esclusivamente all'interesse dei creditori del fallito*”¹⁶⁰, con la conseguenza che l'interesse alla continuità del servizio verrebbe sacrificato ogniqualvolta il suo perseguimento fosse in grado di pregiudicare l'interesse dei creditori sociali a conseguire la massimizzazione della loro percentuale di riparto. L'incompatibilità tra fallimento di società *in house* e interesse pubblico si presenterebbe anche sotto un diverso profilo, come già inizialmente accennato. Nella procedura fallimentare, infatti, la figura del tribunale e quella del giudice delegato hanno un ruolo indiscutibilmente rilevante: il primo nella disposizione dell'esercizio provvisorio in sede di sentenza dichiarativa di fallimento (o in un momento successivo); il secondo, nel valutare la possibilità di decidere

¹⁵⁷ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 720.

¹⁵⁸ SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

¹⁵⁹ FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 560

¹⁶⁰ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 720.

relativamente al possibile affidamento a terzi della gestione del servizio pubblico essenziale, attraverso lo strumento dell'affitto di azienda¹⁶¹ ex art. 104 bis l.f.

Ci troviamo dunque in un contesto in cui, per effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, il ruolo del tribunale acquisterebbe un "maggiore peso" rispetto a quello normalmente stabilito, tale da prevedere che questo decida sia in ordine all'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa, sia l'eventuale affitto di azienda.

Si verificherebbe – secondo parte della dottrina – *“un' inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico”*¹⁶² come appunto: la decisione se continuare o meno nella gestione di un pubblico servizio, la decisione se continuare ad esercitare il controllo analogo sulla società partecipata e quella in ordine alla sua sostituzione con un terzo soggetto. In un simile contesto, quindi, si definirebbe un trasferimento in capo all'autorità giudiziaria della cura del pubblico interesse e delle decisioni relativamente al miglior modo per perseguirlo, *“determinando una situazione di dubbia compatibilità con i principi sanciti dalla Costituzione che disciplinano l'agire amministrativo, con particolare riferimento all'art. 118 Cost.”*¹⁶³ che impone la titolarità delle funzioni amministrative esclusivamente a favore degli enti pubblici.

Riassumendo, la dottrina e la giurisprudenza, favorevoli all'esclusione dalla procedura fallimentare delle società pubbliche, ritengono, dunque, che non sarebbe possibile ammettere il fallimento di quest'ultime per l'impossibilità di interrompere il servizio essenziale, da esse fornito; interruzione non evitabile, neanche mediante i meccanismi messi a disposizione dal legislatore, dal momento che sia in caso di esercizio provvisorio che in caso di affitto di azienda,

¹⁶¹ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 500

¹⁶² D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 500

¹⁶³ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 501

sarebbe ravvisabile un ruolo di “supplenza” dell’autorità giudiziaria, rispetto a quella amministrativa, ritenuto incoerente.

4.2. La propagazione della crisi e la tutela dell’affidamento dei terzi

Al contrario di quanto finora esaminato, altra parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene che la tutela degli interessi ritenuti fondamentali possa avvenire mediante l’assoggettamento delle società *in house* alle procedure concorsuali. Innanzi tutto, i sostenitori della fallibilità delle società in mano pubblica ritengono di non essere d’accordo circa l’impossibilità di ammettere l’esercizio provvisorio¹⁶⁴.

Il disaccordo, con il precedente indirizzo, nasce da una diversa lettura dell’art. 104 l.f.: ad avviso di alcuni autori, infatti, la norma in oggetto non andrebbe letta nell’ottica di un esclusivo assoggettamento dell’esercizio provvisorio all’interesse dei creditori¹⁶⁵ ma, al contrario, sarebbe possibile anche riferirsi all’interesse della generalità dei terzi, “*fra cui si può annoverare la comunità che usufruisce dei servizi essenziali*”¹⁶⁶. Anche la giurisprudenza di merito, ritiene di dover accogliere una simile impostazione tanto che che “*al tribunale, nel disporre la continuazione dell’attività d’impresa ai sensi dell’art.104 l.f., è di regola attribuita la possibilità di valutare aspetti che vanno oltre il mero interesse del ceto creditorio, il quale rappresenta piuttosto un limite esterno al potere autorizzatorio del Tribunale*”¹⁶⁷.

In sostanza, non sarebbe possibile – alla luce dell’interpretazione appena data – individuare un’incompatibilità tra la disciplina fallimentare dettata in tema di esercizio provvisorio e la temporanea continuazione della gestione dell’esercizio

¹⁶⁴ FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 532 ss.

¹⁶⁵ Corte di Cassazione, 15 maggio 2013, n. 22209, stabilisce che l’esercizio provvisorio dell’impresa, potrebbe essere consentito tutte le volte in cui dall’interruzione del servizio pubblico, possa derivare un danno grave alla generalità dei terzi.

¹⁶⁶ FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 532 ss.

¹⁶⁷ FIORANI L.E., *Società “pubbliche” e fallimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 532 ss. richiama quanto stabilito dal Tribunale di Bologna, 14 agosto 2009, disponibile su www.ilcaso.it.

pubblico¹⁶⁸; tuttavia, risulta doveroso sottolineare – anche da parte di chi sostiene la fallibilità delle società *in house* – che l’interesse alla continuità del servizio non dovrebbe essere di competenza degli organi della procedura, quanto dell’ente pubblico partecipante che, qualora la società partecipata versasse in una condizione di crisi per cui si ritenesse inadeguata a continuare a garantire la gestione di un servizio, dovrebbe adoperarsi tempestivamente al fine di risolvere il contratto con la società decotta e individuare un nuovo e più efficiente soggetto affidatario¹⁶⁹.

Altra obiezione che viene mossa nei confronti del precedente orientamento è che non sarebbe possibile riscontrare quel presunto subentro dell’autorità giudiziaria in poteri notoriamente esclusivi della pubblica amministrazione¹⁷⁰.

La società *in house* nel gestire un servizio pubblico – si deve osservare – “*non è mai titolare di quel servizio, ma semplice affidataria ad opera dell’ente pubblico affidante, per cui la dichiarazione di insolvenza, non determinerebbe alcuna ingerenza dell’autorità giudiziaria nell’attività della pubblica amministrazione*”¹⁷¹; ma coinvolgerebbe esclusivamente una società di capitali privata che la pubblica amministrazione ha, sì, scelto per l’espletamento di propri servizi, ma che, di fatto, non ha la titolarità degli stessi, la quale spetta sempre e comunque all’ente pubblico¹⁷². In altre parole, dunque, là dove l’insolvenza coinvolga la società *in house*, l’ente pubblico – continuando ad esserne l’unico titolare – può decidere di disporre di quei servizi come ritiene più opportuno, e la dichiarazione di fallimento con la quale, eventualmente, il

¹⁶⁸ SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

¹⁶⁹ SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

¹⁷⁰ CODAZZI E., *La società pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina tra diritto dell’impresa e diritto della società* in www.orizzontideldirittocommerciale.it

¹⁷¹ FIMMANO’ F., *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* in *Il Fallimento*, 2013 p. 1296 ss.

¹⁷² FIMMANO’ F., *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* in *Il Fallimento*, 2013 p. 1296 ss.

tribunale ammettesse l'esercizio provvisorio *ex art. 104 l.f.* sarebbe un mero strumento agevolativo per l'ente, che avrebbe – così – il tempo di individuare un altro soggetto cui affidare il servizio, senza che questo venga interrotto.

Nel procedere nell'esame degli interessi coinvolti si deve sottolineare che – a differenza di quanto stabilito dalla prima tesi – l'interesse pubblico non è l'unico a venire in rilievo, dovendosi considerare tutta un'altra serie di interessi, che spetta al giudice identificare e bilanciare¹⁷³. Si deve, ad esempio, considerare che qualora la pubblica amministrazione decida di servirsi di una società di capitali per il soddisfacimento delle sue finalità, dovrà fare i conti col fatto che la forma societaria determina nei terzi, il legittimo affidamento di poter vedere – a questa – applicata la disciplina ordinariamente prevista per le società per azioni.

Nel caso in cui, dunque, la società *in house* – costituita con la veste giuridica di una società di capitali – venisse sottratta dalla procedura fallimentare, automaticamente tutti i suoi creditori, che credevano di avere rapporti con una “normale” società di capitali, vedrebbero, invece, svanire la possibilità di far valere le proprie pretese mediante il rimedio concorsuale, rimanendo a loro disposizione – come unico strumento – l'esecuzione individuale¹⁷⁴.

Sempre sul piano degli interessi in gioco, viene in rilievo la tutela della concorrenza, che “*impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso settore, con le stesse forme e con le stesse modalità*”¹⁷⁵. Secondo i sostenitori della fallibilità, nel rispetto di quanto appena detto, dal momento che il legislatore ha permesso ad una società di diritto comune di svolgere con tale veste una determinata attività, “*essa deve comunque operare osservando le regole del mercato, senza che sia possibile prevedere alcun privilegio o*

¹⁷³ SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 297.

¹⁷⁴ SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 298.

¹⁷⁵ SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 298.

immunità, fondati su elementi soggettivi”¹⁷⁶. Non dovrebbe – cioè – essere possibile, all’interno di uno stesso mercato, individuare due società di capitali, delle quali una fallisce e l’altra no, per il solo fatto che la prima sia stata interamente partecipata da un ente pubblico¹⁷⁷.

Una corretta identificazione degli interessi impone, inoltre, di sottolineare come l’esclusione dalla procedura fallimentare non sempre sia sinonimo di agevolazione.

Il fallimento così come il concordato preventivo, infatti, non debbono più essere letti – come accadeva in passato – alla stregua di strumenti “di condanna” per i soggetti destinatari, ma come procedure che – se previste in tempo e gestite correttamente – possono, anche, portare al salvataggio dell’azienda e alla prosecuzione dell’attività, e non solo come strumenti di esclusione dal mercato della società in crisi¹⁷⁸. Ammettere una società alle procedure concorsuali, inoltre evita l’ “effetto domino” dell’insolvenza, garantendo che i capitali investiti nelle società decotte, possano essere reinvestiti altrove – in attività più efficienti – consente, infatti, il miglior funzionamento del mercato, inteso nella sua globalità¹⁷⁹. In definitiva, affermare la fallibilità delle società *in house* equivale a tutelare l’interesse dei creditori a vedersi riconosciuti gli strumenti a cui pensavano di potersi affidare per far valere le proprie pretese, assicurando la certezza del diritto; a garantire un mercato concorrenziale disciplinato da regole eque e ad evitare che l’insolvenza possa propagarsi qualora una società non più

¹⁷⁶ SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 298.

¹⁷⁷ SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 298.

¹⁷⁸ GIORGI V., *Introduzione al diritto della crisi d’impresa*, Edizioni Piccin, 2012, p.48. La crisi non solo come evento negativo ma come “processo dinamico nel quale anche situazioni patologiche trovano una collocazione utile, seppur atipica”, viene descritta anche da NIGRO A, VATTERMOLI D. in *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, 2014, p.21.

¹⁷⁹ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in *La riforma della Legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 546.

efficiente venga mantenuta in vita per un privilegio non esplicitamente previsto dalla legge¹⁸⁰.

¹⁸⁰ CODAZZI E., *La società pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina tra diritto dell'impresa e diritto della società* in www.orizzontideldirittocommerciale.it, p. 29.

Conclusioni

Con riferimento al problema oggetto di studio, in primo luogo si è resa necessaria l'individuazione dei contorni caratterizzanti le società *in house*, rendendosi – a tal fine – obbligatoria un'analisi della giurisprudenza comunitaria, che si è dimostrata, l'unica, in grado di delineare detti profili. Poi, al fine di comprendere come il problema relativo alla fallibilità venisse affrontato dalla giurisprudenza nazionale, si è resa necessaria un'accurata analisi delle pronunce dei tribunali fallimentari italiani. Le stesse, sono state suddivise secondo il *modus operandi* adottato e poi, all'interno di questo, si è individuato un ordine – di natura cronologica – dalla pronuncia meno recente alla più recente, per meglio cogliere l'eventuale “evoluzione” giurisprudenziale, nel modo di approcciarsi al problema. Questo per dire che, nonostante il tentativo di ordinare il materiale a disposizione nel modo ritenuto più logico, le considerazioni a cui si giunge sono quelle di “*un quadro normativo – e non – ancora frammentato, nel quale gli elementi di incertezza superano di gran lunga i dati acquisiti*”¹⁸¹.

Nonostante – infatti – si sia riproposto di individuare i connotati del dibattito relativo alla fallibilità delle società *in house* che, negli ultimi anni, ha interessato sia la dottrina che la giurisprudenza; quale sia – in definitiva – la disciplina loro applicabile, non è ancora dato di saperlo. I Tribunali fallimentari, come si è visto, sono divisi, tra quelli che ritengono di dover dare rilevanza al dato formale e quelli che, al contrario, si focalizzano sull'aspetto sostanziale al fine di valorizzare la “reale natura” dell'ente societario.

Se supponessimo di dover accogliere la tesi secondo cui la veste formale della società è elemento imprescindibile per la qualificazione della disciplina a questa applicabile, giungeremmo ad ammettere la fallibilità di qualsiasi società di capitali, anche se totalmente partecipata da soggetti pubblici, dovendo dare rilevanza non tanto alla persona degli azionisti, quanto alla struttura scelta da

¹⁸¹ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p.502.

quei pubblici poteri per esplicitare le proprie finalità. Questo implicherebbe che le società *in house*, come stabilito dall'art. 1 l.f., diverrebbero assoggettabili anche al concordato preventivo¹⁸².

Il problema nascerebbe là dove a doversi accogliere fosse, invece, la tesi contraria alla fallibilità delle società *in house*. Il nodo da sciogliere sarebbe, infatti, quello di capire se l'esonazione dal fallimento si traduca nell'esonazione da qualsivoglia procedura concorsuale, oppure no¹⁸³.

Se procedessimo utilizzando il metodo tipologico pubblicistico, sicuramente, dovremmo far discendere, dall'impossibilità di ammettere la società *in house* al fallimento, l'impossibilità di assoggettare la stessa alla procedura di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 1 l.f. L'esonazione da fallimento e da concordato preventivo, tuttavia, condurrebbe a dover ammettere la possibilità di fare ricorso alle procedure "volontarie" di composizione della crisi, vertendosi appunto in "*situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse*"¹⁸⁴ da questa. In tal caso – è doveroso osservare – si presenterebbe "*una sorta di "lieve" privilegio per le società in mano pubblica, alle quali si consentirebbe, in questo modo, di essere ammesse ad una procedura concorsuale "volontaria", garantendo l'esonazione da quelle "obbligatorie"*"¹⁸⁵. Se poi, la società rifiutasse le procedure "volontarie", la regolazione dell'insolvenza potrebbe avvenire ricorrendo, esclusivamente, ai soli strumenti previsti per l'esecuzione individuale, prescindendo da ogni previsione di concorsualità.

Se, al contrario, adottassimo il metodo funzionale, che subordina l'esonazione dal fallimento alla concreta verifica della lesione che l'interesse pubblico potrebbe

¹⁸² SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in *La riforma della Legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 551.

¹⁸³ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 724.

¹⁸⁴ Art. 6 L. 3/2012.

¹⁸⁵ D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p.504.

subire come conseguenza, le conclusioni sarebbero più “confuse”¹⁸⁶. Come analizzato, nel quarto capitolo, l’incompatibilità funzionale tra la procedura fallimentare e l’interesse pubblico sarebbe la diretta conseguenza da un lato dell’interruzione dell’attività d’impresa che conseguirebbe alla dichiarazione di fallimento (art. 42 l.f.), dall’altro del subentro dell’autorità giudiziaria in decisioni ritenute di competenza amministrativa (art. 104; art. 104 bis). Alla luce di queste considerazioni, dunque, si dovrebbe giungere ad escludere – con certezza – il fallimento, ma non il concordato preventivo dal momento che questo non determina necessariamente le conseguenze sopracitate: dall’apertura di quest’ultimo, infatti, non si avrebbe come effetto automatico né lo spossessamento del debitore (art.167 l.f.), né l’immediata interruzione dell’attività e al tribunale non verrebbe attribuita nessuna facoltà in merito alle decisioni da prendere in ordine all’esercizio provvisorio o in ordine all’affitto d’azienda, dovendosi questo limitare ad un mero controllo . Non si ravviserebbero problemi di incompatibilità neanche nel caso di concordato meramente “liquidatorio” poiché, sebbene la conseguenza che ne deriva sia l’interruzione dell’attività, questa verrebbe consapevolmente scelta dalla società, in sede di piano di concordato, senza essere imposta dal tribunale con la sentenza di fallimento¹⁸⁷. Tuttavia, il riconoscimento della possibilità di accedere alla procedura di concordato determinerebbe, ovviamente, la preclusione rispetto alle procedure previste dalla L. n. 3/2012. Come facilmente intuibile, tuttavia, una siffatta soluzione, con cui si prospetta l’esclusione dal fallimento ma il possibile assoggettamento al concordato preventivo, risulta essere “improbabile” alla luce della sua contrarietà al tenore letterale dell’art. 1 l.f. che, al suo primo comma, identifica le due procedure sotto il medesimo presupposto soggettivo¹⁸⁸.

Procedere nell’adozione dell’orientamento sfavorevole all’assoggettamento al fallimento delle società *in house*, poiché *longa manus* della pubblica

¹⁸⁶ D’ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p.503.

¹⁸⁷ D’ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p.503.

¹⁸⁸ D’ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p.504.

amministrazione, potrebbe – inoltre – comportare il sorgere di un altro problema, ovvero: se sia possibile ricondurre l'esclusione dal fallimento alla nozione di "aiuti di Stato"¹⁸⁹, che ai sensi dell'art. 107 T.F.U.E¹⁹⁰ sono incompatibili con il mercato interno poiché, favorendo talune imprese o produzioni, potrebbero falsare o minacciare di falsare la concorrenza. In altre parole, l'esenzione dal fallimento non potrebbe essere considerata alla stregua di un aiuto di Stato, dal momento che favorirebbe un diverso trattamento delle società pubbliche rispetto a quelle private, garantendo il mantenimento in vita delle prime e non delle seconde a parità di condizioni (di crisi)¹⁹¹? Poiché, come è noto, in giurisprudenza tutto "dipende" dalle motivazioni che vengono addotte a giustificazione della propria tesi, si ha un orientamento favorevole ed un contrario¹⁹², ma non è questo quello che interessa, quanto – appunto – la consapevolezza dell'esistenza di un elemento di perplessità in relazione alla tesi sostanzialistica.

Per completezza del quadro espositivo in ordine alle esitazioni che nascono in relazione all'approccio con cui viene valorizzata la sostanza a discapito della forma, è doveroso porre un punto interrogativo su quale dovrebbe essere – secondo questo metodo – il destino delle società che, seppur non partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici, siano titolari di servizi pubblici essenziali¹⁹³. Anche queste società, infatti, assumono un carattere essenziale, poiché strumentali allo svolgimento di un servizio pubblico ed è per questo che ci si chiede se, al pari di quelle partecipate pubblicamente, si dovrebbero ritenere

¹⁸⁹ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 721.

¹⁹⁰ Ex art. 87 T.C.E. – nozione di aiuto di Stato e deroghe

¹⁹¹ D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 722.

¹⁹² La tesi che non reputa l'esenzione dal fallimento un aiuto di Stato, lo ritiene in particolare su due motivi: 1) la società non conseguirebbe da tale esenzione un vantaggio gratuito (elemento necessario al fine di individuare un aiuto di Stato); 2) dall'esenzione della società dal fallimento non scaturirebbe nessun maggior onere per il bilancio dello Stato.

¹⁹³ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in *La riforma della Legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 545.

esonerate dal fallimento o se, invece, non presentando gli indici sintomatici di una pubblicità intrinseca dovrebbero, alla stregua di una qualsiasi società di capitali ad azionariato privato, essere assoggettate alle procedure concorsuali. Se si ammettesse la prima soluzione, si giungerebbe ad ottenere una platea di soggetti escludibili dal fallimento eccessivamente vasta, tanto da compromettere il buon funzionamento del mercato; allo stesso modo, se si adottasse la seconda delle soluzioni prospettate, con cui si escluderebbe il loro fallimento, si ammetterebbe un' incoerenza del metodo sostanzialistico.

Se poi, consideriamo che con il c.d. Decreto Alitalia¹⁹⁴ sono state introdotte norme speciali, nel caso di sottoposizione a procedura di ristrutturazione industriale di “società operanti del settore dei servizi pubblici essenziali”¹⁹⁵, finalizzate a garantire la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa anche nel corso della procedura, non troveremmo nell'esclusione dal fallimento delle società di minori dimensioni un epilogo coerente del sistema. *“Si finirebbe, infatti, da un lato per ammettere alla procedura di amministrazione straordinaria le grandi imprese in crisi operanti nel settore dei servizi pubblici, e dall'altro per escludere tutte le altre imprese che, pur operando nello stesso settore, non integrino i requisiti dimensionali richiesti”*¹⁹⁶.

Ecco, dunque, che alla luce delle molteplici considerazioni finora fatte – in ordine alla difficoltà del problema; alla frammentarietà delle disposizioni di legge, mai complete e mai, veramente, chiare; all'incertezza delle soluzioni a cui dover pervenire – non rimarrebbe che adattarsi alla disciplina privatistica prevista dal legislatore per tutte le società di capitali; aspettando, nel caso in cui si ritenga più corretto deviare rispetto a quest'ultime un intervento *ad hoc* del legislatore

¹⁹⁴ D.l. n. 134/08 convertito in L. 166/08. Il decreto Alitalia va affiancandosi all'originario istituto dell'amministrazione straordinaria previsto dalla L. 270/99 e alla successiva L.347/2003 (c.d. decreto Marzano) introdotta nel sistema per fronteggiare la crisi del gruppo Parmalat

¹⁹⁵ ANGIOLINI F., *L'esenzione da revocatoria del decreto Alitalia*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

¹⁹⁶ ANGIOLINI F., *L'esenzione da revocatoria del decreto Alitalia*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

che legittimi una tale deviazione, garantendo una piena trasparenza operativa e adeguati meccanismi di pubblicità che siano in grado di informare che l'ente con cui si tratta non è una società di capitali, ma un ente diverso al quale, dunque, applicare una diversa disciplina¹⁹⁷.

A questo punto, si potrebbe ritenere che il legislatore – nel definire una particolare procedura di insolvenza per quelle società che “*soggettivamente (perché a capitale pubblico) o oggettivamente (perché di interesse strategico o di rilevanza nazionale) si ritiene di dover escludere dal regime generale – possa prendere spunto dall’esperienza di altri ordinamenti*”¹⁹⁸. Come già avvenuto in passato¹⁹⁹, il legislatore potrebbe ispirarsi a quanto delineato dal *Bankruptcy Code*, in particolare al *Chapter 9*, il quale disciplina la procedura concorsuale delle municipalità (definite nella sezione 109 come “*political subdivision or public agency or instrumentality of the state*”²⁰⁰) in modo da prevedere che lo svolgimento della funzione pubblica venga sempre garantito. A tal fine il codice della bancarotta statunitense stabilisce che la procedura relativa ai soggetti di natura pubblica può prevedere – esclusivamente – la rinegoziazione del credito o, in alternativa, operazioni di finanza straordinaria, ma non può comportare né la liquidazione dei beni né la riorganizzazione della gestione. Ulteriore punto a favore dell'impostazione statunitense è che l'ente assoggettato a procedura, durante lo svolgimento della stessa, può conservare l'uso delle sue proprietà riscuotendo le entrate e provvedendo alle spese²⁰¹. Una siffatta impostazione

¹⁹⁷ SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in *La riforma della Legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 545.

¹⁹⁸ CODAZZI E., *La società pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina tra diritto dell'impresa e diritto della società* in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

¹⁹⁹ In particolare per la riforma della legge fallimentare. In ordine al concordato preventivo, ad esempio, molteplici sembrano gli aspetti ispirati al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*. A questo proposito SCIUTO M., *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*.

²⁰⁰ Sono comprese “*cities, towns, villages, countries, taxing districts, municipal utilities, school districts*” e altre autorità create dallo Stato.

²⁰¹ SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p.309.

potrebbe essere esportata anche nel nostro ordinamento al fine ottenere una soluzione – al problema della fallibilità delle società *in house* e più in generale delle società in mano pubblica – in grado di tener conto sia dell'importanza della forma, definita dalla veste giuridica assunta, sia dell'essenzialità degli interessi da tutelare: prevedendo una procedura destinata a permettere la sistemazione dei debiti, pur sempre in un'ottica tesa alla protezione dell'ente debitore e della sua particolare natura²⁰².

²⁰² SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p.309.

Bibliografia

BALESTRA L., *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda* in *Il Fallimento*, n. 10, 2013, p. 1273 ss.

BERSANI G., *L'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale alla c.d. "società in house"* in *Il Fisco*, 2014, p. 1663 ss.

CASSATELLA A., *Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo* in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, p.1709 ss.

CHIAPPETTA M., *L'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria* in www.lexitalia.it

CODAZZI E., *La società pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina tra diritto dell'impresa e diritto della società* in www.orizzontideldirittocommerciale.it

D'ATTORRE G., *La fallibilità delle società in mano pubblica* in *Il Fallimento*, n. 5, 2014, p. 493 e ss.

D'ATTORRE G., *Le società in mano pubblica possono fallire?* In *Il Fallimento*, n. 6, 2009, p. 715 e ss.

D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica e concordato preventivo* in *Il Fallimento*, n. 7, 2013, p. 869 ss.

D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile?* in *Il Fallimento*, 2010, p. 691 e ss.

D'ATTORRE., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali* in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, II, p. 796

DEMURO I., *"Impresa pubblica"* in *Diritto commerciale*, a cura di N Abriani, p.494, Edizione Giuffrè, 2011.

DORIA G., *Osservazioni in tema di insolvenza di società a partecipazione pubblica* in *Rivista di diritto amministrativo*, fascicolo n.3/2014 disponibile in www.amministrativamente.it

FERRO M., *La legge fallimentare* (a cura di), Padova, 2011, commento all'art. 1, p. 2 ss.

FIMMANO' F., *Il fallimento delle società pubbliche in Crisi d'impresa e fallimento*, 18 dicembre 2014, in www.ilcaso.it

FIMMANO' F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

FIMMANO' F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"* in *Le Società* 2014, I, p. 55 ss.

FIMMANO' F., *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali* in *Il Fallimento*, 2013 p. 1290 ss.

FIMMANO' F., *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza* in *Crisi d'impresa e fallimento*, 8 aprile 2014, disponibile in www.ilcaso.it

FIORANI L.E., *Società "pubbliche" e fallimento* in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, p. 532 ss.

GALESI M., *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?* in *Urbanistica e Appalti*, n. 8, 2014, p. 930 ss.

GERARDO M., *Corollari delle società in house: esclusione dal fallimento ed applicazione della normativa organizzatoria relativa al socio pubblico. In specie, ove l'ente ausiliario sia un P.A patrocinio dell'Avvocatura di Stato* in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n.1, 2014 p.32 ss.

GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2004, p. 842 ss.

GUERRA F., *Il "controllo analogo"* in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 774

LEGGIADRO F., *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci* in *Urbanistica e Appalti*, n. 3, 2013, p. 307 ss.

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e autonomia statutaria* in *Il diritto delle società oggi, Innovazioni e persistenze, studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di Benazzo, Cera, Patriarca, Torino, 2011, p. 496 ss.

LIBONATI B., *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, in Relazione al Convegno Assonime-LUISS “Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina”, Roma 13 maggio 2009, in www.assonime.it

MENTO S., *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 495 ss.

MORZENTI PELLEGRINI R., *Società affidatarie di servizi pubblici locali e controllo analogo esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali extra-codicistiche*, in *Foro Amministrativo CdS*, 2009, p. 2246 ss.

OCCHILUPO R., *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario* in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, p. 63 ss.

OCCHILUPO R., *Le società in house* in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, p. 525

POSITANO G., *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica* in *Diritto Fallimentare*, 2013, p. 563 ss.

RORDORF R., *Le società partecipate fra pubblico e privato* in *Le Società*, n. 12, 2013, p.1326

SALVATO L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

SALVATO L., *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali* in atti del Convegno “I debitori non fallibili: alternative e punti critici del nuovo diritto fallimentare”, Alba 16 novembre 2013 p. 7 ss.

SCARAFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

SORCI E., *La fallibilità delle società a partecipazione pubblica* in *La riforma della Legge fallimentare*, a cura di Fortunato, Giannelli, Guerrera, Perrino, Milano 2011, p. 533 ss.

TERRACINO G., *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali* in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Giuffrè Editore, Milano, 2011

URBANO G., *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, 4 settembre 2012, in rivista elettronica "Amministrazione in cammino"

Giurisprudenza

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Sentenza 9 settembre 1999, causa C-198/98, RI.SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia, Italia Lavoro S.p.a. e Ischia Ambiente S.p.a. disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 15 giugno 2000, causa C-94/99, ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione delle Comunità Europee c. Regno di Spagna disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 16 ottobre 2003, C-32/02, Commissione delle comunità Europee c. Repubblica Italiana disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL GmbH c. TREA Leuna disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria Verglas GmbH e Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00 Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH disponibile in www.dirittodeiservizipubblici.it

Sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV c. Comune di Bari e AMTAB S.p.a. disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo S.p.a. c. Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.a. disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asemfo c. Tragsa disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 17 luglio 2008, causa C-371/05, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana disponibile in www.dirittodeiservizipubblici.it

Sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle disponibile in www.dirittodeiservizipubblici.it

Sentenza 29 novembre 2012, causa C-182/11, Econord S.p.a. c. Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate disponibile in www.curia.europa.eu

Sentenza 8 maggio 2014, causa C-15/13, Technische Universität Hamburg e HIS GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH. disponibile in www.curia.europa.eu

Giurisprudenza di legittimità

Corte di Cassazione SS. UU. , 15 aprile 2005 n.7799, disponibile in www.db.formez.it/giurisprudenza

Corte di Cassazione SS. UU. , 25 maggio 2006 n. 17287, disponibile in www.ilcaso.it

Corte di Cassazione I sez. , 6 dicembre 2012 n. 21991, disponibile in www.ilfiscoonline.it

Corte di Cassazione I sez. , 15 maggio 2013 n.22209 disponibile su www.ilcaso.it

Corte di Cassazione SS. UU. , 8 ottobre 2013 n. 26283 disponibile su www.ilcaso.it

Corte di Cassazione SS. UU. , 28 gennaio 2014 n. 5491 disponibile su www.ilcaso.it

Corte di Cassazione SS. UU. , 24 ottobre 2014 n. 22609, disponibile in www.dirittodeiservizipubblici.it

Giurisprudenza di merito

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, disponibile in www.unijuris.it

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 21 luglio 2009, disponibile in www.ilcaso.it

Corte di Appello di Torino, 15 febbraio 2010, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Velletri, 8 marzo 2010, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Catania, 26 marzo 2010, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Nola, 26 giugno 2010, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Palermo, 8 gennaio 2013, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Avezzano, 26 luglio 2013, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, disponibile in www.ilcaso.it

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

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

Tribunale di Modena, 10 gennaio 2014, disponibile in www.ilcaso.it

Tribunale di Pescara, 10 gennaio 2014, disponibile in www.ilcaso.it

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

Consiglio di Stato

Sez. V, 18 settembre 2003, n.5316 disponibile in www.dirittodeiservizipubblici.it

Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316 disponibile in www.eius.it

Sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7636 disponibile in www.dirittodeiservizipubblici.it