

## LA CASSAZIONE: SÌ AL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE

di Stefano Di Falco - Avvocato in Napoli

[L. 07-08-2015, n. 124, epigrafe](#)

[D.Lgs. 19-08-2016, n. 175, epigrafe](#)

### FONTE

Azienditalia, 2017, 4, 435

Mentre il Governo, dopo la parziale bocciatura della [legge delega 7 agosto 2015, n. 124](#), della Consulta con la sentenza 25 novembre 2016, n. 245, approva in via preliminare nella seduta del 17 febbraio 2017 il correttivo al [D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175](#), recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, la Corte di Cassazione con la recente decisione 7 febbraio 2017, n. 3196, si esprime in maniera affermativa sull'applicabilità a queste ultime delle norme sul fallimento delle società private.

Sommario: [I termini del problema](#) - [Le tesi a confronto](#) - [La tradizionale impostazione possibilista della giurisprudenza](#) - [L'orientamento di segno opposto](#) - [La revisione critica della tesi ostativa al fallimento](#) - [Il recente arresto del Giudice di legittimità: le società pubbliche sono fallibili](#) - [Il recente intervento dirimente del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175](#)

### I termini del problema

L'ingresso dello Stato e, per esso, della Pubblica Amministrazione nel sistema societario, nato per sostenere l'economia e garantire l'erogazione di servizi alla collettività anche quante volte fossero scarsamente remunerativi, nel tempo ha mostrato una scarsa tenuta sia per l'impatto finanziario insostenibile in una fase di congiunture negative, sia per il suo abuso indiscriminato<sup>(1)</sup>.

Invero la partecipazione pubblica societaria ha dimenticato nel tempo la *ratio* della sua genesi per divenire strumentale all'interesse politico di intercettare risorse per stornarle verso affari privati o partitici, aumentando i bacini elettorali e, spesso, il malaffare in breve divenendo l'elasticità dello strumento societario l'*escamotage* per sottrarsi alle regole ed ai vincoli pubblicistici in materia di appalti o di reclutamento del personale.

Distorsioni che, provocando un'inarrestabile emorragia di danaro pubblico, si sono rivelate nel recente passato insostenibili a causa della grave crisi economico-finanziaria nazionale ed internazionale, rendendo impellente l'esigenza di porre correttivi ed argini che la sola magistratura penale e contabile non è riuscita ad apportare in assenza di scelte legislative nette adottate poi solo con l'approvazione del [D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175](#), recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, in applicazione della delega di cui alla [Legge 7 agosto 2015, n. 124](#).

In tale contesto assume particolare rilievo dunque la questione della fallibilità o meno di tali soggetti, di forma privata ma di funzione pubblica, essendo evidente che la scelta dell'una o dell'altra soluzione è destinata a riverberarsi sia sulla stabilità economica del libero mercato, per effetto della solvibilità o meno dei debiti contratti ed insolubili, sia sulla collettività privata in toto o in parte di un adeguato livello di erogazione dei servizi pubblici concessi in gestione alla società partecipata o controllata di che trattasi.

### Le tesi a confronto

Quattro le tesi sviluppatesi in proposito, qui di seguito sintetizzate prima di un approfondimento individuale.

La prima, tradizionale, che reputa assolutamente assoggettabili al fallimento ed al concordato anche le società di specie; la seconda, cd. del metodo tipologico, che lo nega o meno a seconda della presenza o meno di indici rivelatori della natura pubblica della società (quali: la costituzione o lo scioglimento per iniziativa pubblica; la partecipazione totalitaria o quasi di enti pubblici; poteri statutari di controllo e prerogative speciali attribuiti all'ente pubblico socio, che limitano l'autonomia gestionale della società, l'esistenza di una disciplina derogatoria, l'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie); la terza, cd. del metodo funzionale, che propone il discrimine dello scopo sociale, sicché laddove esso volga ad attività di servizio pubblico essenziale sarebbe lesivo del superiore interesse collettivo l'ammissione del fallimento; e la quarta, variante della precedente, che ritiene che talune tipologie di società partecipate o controllate non rivestano affatto la qualità imprenditoriale necessario presupposto all'assoggettamento alla *legge fallimentare*, non svolgendo attività commerciale.

### La tradizionale impostazione possibilista della giurisprudenza

La giurisprudenza di legittimità<sup>(2)</sup> ha per lo più ritenuto irrilevante la partecipazione e finanche la proprietà pubblica delle società per azioni rispetto alla loro natura privatistica col conseguenziale assoggettamento al regime civilistico ed alla *legge fallimentare*, atteso che esse, quali persone giuridiche private, operano nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico. Tale ultimo rapporto, difatti, è di assoluta autonomia, sicché non è consentito all'Amministrazione incidere unilateralmente sul suo svolgimento e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali; non prevedendo la legge "alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale... La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società... avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. *art. 2459 Cod. civ.*)"<sup>(3)</sup>.

Corollario della predetta impostazione, il ritenere che le società costituite nelle forme previste dal Codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale siano assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione e non già dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore

commerciale individuale. Di guisa che, per le società è lo statuto a fondarne l'identità<sup>(4)</sup>.

Nemmeno ostano a siffatte conclusioni: l'eventuale riscossione della tariffa dovuta alla società per l'erogazione del servizio pubblico in concessione o l'eventuale garanzia prestata dal socio pubblico, giacché essa non perde la propria qualità di soggetto privato e, quindi, ove ne sussistano i presupposti di imprenditore commerciale, l'assoggettabilità all'amministrazione controllata, *ex art. 187 della Legge fallimentare*<sup>(5)</sup>; ovvero sostenerne la natura di organismo di diritto pubblico<sup>(6)</sup> quale *longa manus* dell'Amministrazione secondo la definizione della Corte di giustizia europea<sup>(7)</sup> poiché essa è da escludersi ogni qual volta le finalità statutarie della società siano orientate al soddisfacimento di esigenze di carattere industriale o commerciale<sup>(8)</sup>.

### **L'orientamento di segno opposto**

Sulla questione si è registrata, però, nella giurisprudenza di merito, anche l'opposta tesi a sostegno della sottrazione di tali organismi alla disciplina fallimentare<sup>(9)</sup>.

In particolare, tale orientamento<sup>(10)</sup> rimasto minoritario, muove dall'individuazione dell'ambito soggettivo di efficacia della *legge fallimentare* che, all'art. 1, esclude in particolare gli enti pubblici. Enti tra i quali tale teorica annovera le società che hanno come oggetto sociale l'esercizio di attività e servizi strumentali per l'Ente proprietario, con espressa esclusione di servizi pubblici locali con rilevanza economica.

In merito la giurisprudenza di prossimità si discosta dunque dall'orientamento opposto propugnato da quella di legittimità evidenziando il particolare ruolo delle società *in house*, costituite per finalità di gestione di pubblici servizi, e caratterizzate dai seguenti, congiunti requisiti: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività esclusivamente o quanto meno in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici, presupposti che, per poter parlare di società *in house*.

Specificità che, secondo la teorica in disamina, escludono la conciliabilità del fenomeno delle società *in house providing*, con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, per lo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, attesa in completa assenza da parte di tali società di un potere decisionale loro proprio, in conseguenza del totale assoggettamento degli organi sociali al potere gerarchico dall'ente pubblico titolare delle partecipazioni sociali.

Quale *longa manus* della PA, la società *in house* allora non può considerarsi né terza rispetto all'Amministrazione<sup>(11)</sup>, né fallibile giacché "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".

Sicché, se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dall'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto

dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni.

### La revisione critica della tesi ostativa al fallimento

La tesi che nega la fallibilità delle società a partecipazione o di proprietà pubblica, enfatizza dunque il cd. criterio funzionale o sostanzialistico secondo cui, dovendo prevalere lo scopo pubblicistico sotteso alla loro costituzione sarebbe esclusa l'applicabilità della [legge fallimentare](#), viceversa sostenuta dall'opposta teorica basata sul c.d. criterio tipologico, incentrato sulla loro forma giuridica privata assunta dalle società in parola.

La critica rivolta alla teorica del c.d. criterio funzionale, muove dalla considerazione che, pur essendo ormai dilagante il fenomeno delle società a partecipazione o a controllo pubblico e pur avendo esso reso più labile il confine tra il diritto comune e quello amministrativo, non di meno il quadro normativo generale non è mutato, avendo il legislatore ribadito la scelta favorevole alla riconducibilità delle società pubbliche fra quelle di diritto comune: sia con il D.Lgs. n. 3/2003, di riforma del diritto societario, che ha sostituito oltre agli [artt. 2458, 2459 e 2460 Cod. civ.](#) anche gli [artt. 2449 e 2450 Cod. civ.](#); sia col [D.Lgs. n. 5/2006](#) di riforma del diritto fallimentare, che non ha modificato il [R.D. n. 267/1942](#).

Scelta non smentita nemmeno dalla successiva emanazione di leggi speciali atte a regolamentare talune attività pubblicistiche di dette società controllate o partecipate; ovvero ad astringere le società private a segmenti di disciplina pubblicistica a tutela della collettività.

Fenomeni normativi che non valgono, quindi, a mutare la loro natura privatistica.

Pertanto, la presenza diffusa di società partecipate aventi sostanziale natura giuridica pubblica, desumibile in via interpretativa da taluni indici (in linea di massima, e di volta in volta, ravvisati in limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari, nell'esclusiva titolarità pubblica del capitale, nell'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti dallo Stato, nell'erogazione di risorse pubbliche per il raggiungimento dello scopo), non vale ad equipararle *tout court* agli enti pubblici, neppure ai fini della loro esenzione dal fallimento in ragione di una serie di considerazioni.

La prima, perché permane la cogenza del principio generale stabilito dall'[art. 4, della legge n. 70/1975](#) che nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, evidentemente richiede che la qualità di ente pubblico, se non attribuita da una espressa disposizione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed in equivoco, in ipotesi assente. Quadro assente nel caso che ne occupa.

La seconda, incentrata sull'analisi del fenomeno societario nelle diverse fasi che lo caratterizzano e le cui peculiarità non valgono a giustificare l'equiparazione ad un ente pubblico, né sotto il profilo soggettivo, né sotto il profilo oggettivo.

Quanto al primo, perché l'ente giuridico "società" e il modo in cui sono disciplinati la sua organizzazione ed il suo funzionamento, e i rapporti esistenti, al suo interno, fra i diversi organi che vi operano è di matrice civilistica e si manifestano secondo le regole proprie del diritto privato.

Quanto al secondo, perché, avuto riguardo al piano dell'attività e cioè ai rapporti che la società, in quanto soggetto riconosciuto dall'ordinamento come dotato di una propria capacità giuridica e di agire, instaura con i terzi, si dipana anch'essa secondo i dettami del codice civile e delle leggi d'impresa, a tutela dell'affidamento dei terzi contraenti, malgrado talvolta l'espletamento di pubblici servizi in concessione renda piuttosto sfumato lo scopo di lucro proprio dell'attività economica di ogni società di capitali. Assenza di lucro che, tuttavia, non è di per sé sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile e, per quanto qui di interesse, dalla [legge fallimentare](#).

A ciò dovendo aggiungersi che l'interesse pubblico all'erogazione dei servizi dati in concessione alla società in tracollo, può essere validamente tutelato non solo affidandoli a terzi, ma anche in base alla medesima [legge fallimentare](#) cui è astretta, attraverso la procedura di amministrazione straordinaria ovvero quella di esercizio provvisorio di cui all'[art. 104 della legge fallimentare](#) per il quale il Tribunale, nel valutare la ricorrenza di un danno grave, può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita.

Detto in altri termini, dunque, "la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto e ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità"<sup>(12)</sup>.

### **Il recente arresto del Giudice di legittimità: le società pubbliche sono fallibili**

Di recente, benché in applicazione della normativa pregressa al [D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175](#) ed al [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#), con un costante raffronto però con tali ultime novelle, la Suprema Corte<sup>(13)</sup> è tornata ad occuparsi della fallibilità o meno delle società a partecipazione pubblica e, segnatamente, di quelle costituite secondo le forme della società a responsabilità limitata, affidataria da parte dell'Ente territoriale pubblico partecipante di plurimi servizi di gestione del relativo patrimonio, nell'ambito di un rapporto proprio delle società *in house*.

A tal proposito il Giudice di legittimità conferma il suo precedente assunto<sup>(14)</sup> affermativo, secondo cui, appunto, "in tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità".

Del resto, a conferma del predetto orientamento, prosegue la Corte, militano, da un lato, l'[art. 1 della legge fallimentare](#) che restringe il perimetro delle eccezioni



all'alveo applicativo delle procedure concorsuali ai soli "enti pubblici" non includendovi, dunque, le "società pubbliche"; e, dall'altro lato, l'[art. 4, comma 13, D.L. n. 95/2012](#) (cd. *spending review*), secondo cui "le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali" e, dunque, anche quelle disciplinanti il fallimento.

Disposizione, quest'ultima, da un lato confermata implicitamente anche nel nuovo Testo Unico delle società di che trattasi, che all'[art. 4](#) vieta la costituzione di nuovi enti pubblici se non previsti dalla legge; e, dall'altro lato, corroborata dall'espressa previsione recata dall'[art. 14](#) del medesimo [D.Lgs. n. 50/2016](#), laddove afferma che "Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al [decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270](#), e al [decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 18 febbraio 2004, n. 39](#)".

È quindi da escludersi una qualche assimilabilità tra dette società e gli organismi di diritto pubblico, valorizzandone la funzione di supporto gestionale espletata a beneficio dell'Amministrazione controllante, allo scopo di sottrarle alla disciplina del fallimento la figura dell'organismo di diritto pubblico, coniata allo scopo di assoggettarlo alle procedure pubbliche di scelta del contraente per l'affidamento delle commesse.

Al riguardo, già l'[art. 3, comma 26, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163](#), recante il Codice degli appalti applicabile *ratione temporis* al caso di specie, testualmente restringeva la valenza pubblica dell'organismo ai soli fini definendolo come "qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

Il profilo pubblicistico della società *in house*, dunque, è ristretto alla sola esigenza di limitare gli affidamenti diretti, assoggettandole alle procedure dettate dal Codice degli appalti, allora, come ora, così da rispettare i principi comunitari del libero mercato, dalla *par condicio* e della trasparenza, senza con ciò coniare un nuovo soggetto giuridico distinto da quello che resta comunque una persona giuridica privata costituita in forma societaria, pur quando si collochi in posizione gerarchicamente subordinata all'Ente pubblico proprietario, dalla qual cosa derivando "solo una responsabilità aggiuntiva (contabile) rispetto a quella comune - secondo i dettami della Cass. S.U. 26283/2013, poi ripresi dall'[art. 12 D.Lgs. n. 175/2016](#) - ma senza il prospettato effetto di perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore. Le norme speciali volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non possono dunque incidere - come parimenti notato in dottrina - sul modo in cui essa opera nel mercato, né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento di terzi contraenti contemplate dalla disciplina civilistica".

Pertanto, deve continuarsi a tenersi distinto<sup>(15)</sup> il rapporto tra la società e l'Amministrazione controllante in cui permangono aspetti pubblicistici con i conseguenti risvolti in termini di responsabilità erariale, dal rapporto tra la medesima società ed i terzi, il cui affidamento deve essere tutelato secondo il paradigma civilistico, societario diversamente eluso malgrado l'iscrizione delle stesse nel Registro delle imprese che, costituisce il fulcro del sistema di pubblicità legale.

Non vale a mutare dette conclusioni, l'eventuale assenza di uno scopo di lucro delle società pubbliche in parola, laddove siano preposte all'erogazione alla collettività di servizi non remunerativi, poiché in ogni caso ciò non ne muta la natura giuridica e le regole di organizzazione che permangono quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal Codice civile.

Detto in altri termini, ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo di attività esercitata, ma la natura del soggetto: le società nascono, infatti, per limitare la responsabilità rispetto ai soci secondo un proprio ordinamento, mentre la organizzazione prescelta per l'attività è, appunto, il mero riflesso della nascita di un soggetto giuridicamente diverso dai soci e dunque senza che a loro volta le regole di organizzazione di questi valgano in modo diretto a disciplinare il funzionamento e le obbligazioni di quello.

Di guisa che, una volta adottato, anche da parte dell'ente pubblico, il sistema societario, la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali (e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico) comporta, da un lato, che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza e, dall'altro lato, la loro fallibilità poiché attraverso il ricorso al paradigma civilistico si sono delineate specifiche responsabilità di stampo privatistico, quale che sia la provenienza e la natura del capitale investito dai soci.

Diversamente opinando, del resto, si vanificherebbe la stessa personalità giuridica conferita alle società pubbliche e la scelta dell'Amministrazione di separare il proprio patrimonio da quello del soggetto privato all'uopo costituito, determinando il deleterio effetto di ammettere le azioni di tutti i creditori sociali della società *in house* nei diretti confronti dell'ente pubblico proprietario o controllore, ("con possibilità di azione esattamente e invece scongiurata laddove l'ente pubblico abbia scelto, come visto, di delimitare la responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società partecipata").

L'interesse pubblico perseguito può semmai rilevare ai fini della responsabilità erariale dei soci e degli amministratori per mancato esercizio, rispettivamente, del potere di controllo e delle loro prerogative, permanendo per il resto una netta demarcazione tra l'autonomia della società e quella dell'ente che, difatti, non può incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e mediante la nomina dei componenti degli organi sociali.

Né, del resto, l'eventuale abuso di tali poteri pubblicistici o la previsione di patti parasociali possono farne aggirare il modello di responsabilità con efficacia verso i terzi, ciò altrimenti dipendendo, sostanzialmente, da imprevedibili scelte di mera convenienza, ancora una volta incompatibili con l'adozione a monte dell'istituto societario.

Ne consegue, allora, secondo la Suprema Corte, che le società a partecipazione pubblica sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti

pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e la destinazione non privatistica della finanza d'intervento mentre sono assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini della costituzione, dell'organizzazione e del funzionamento e dell'estinzione, ivi incluse quelle derivanti da procedure fallimentari.

## Il recente intervento dirimente del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175

Sulla questione, è oggi dirimente l'art. 14 del nuovo T.U. delle società partecipate secondo cui "1. Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al [D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270](#), e al [D.L. 23 dicembre 2003, n. 347](#), convertito, con modificazioni, dalla [Legge 18 febbraio 2004, n. 39](#)".

La previsione in commento pone dunque fine alle dispute giurisprudenziali e dottrinali che hanno caratterizzato il dibattito degli ultimi anni circa la fallibilità delle società partecipate di cui si è dato poco sopra contezza.

Quanto all'*iter*, il comma 2 del medesimo art. 14 cit., dispone che nel momento in cui emergono uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico avvia un idoneo piano di risanamento. Infatti, adotta i provvedimenti necessari per prevenire aggravamento della crisi, per correggerne gli effetti ed eliminarne le cause.

Ove non vi proceda, questa costituisce grave irregolarità ai sensi dell'[art. 2409 del Codice civile](#).

### **Art. 2409 Cod. civ. "Denuncia al Tribunale"**

Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione.

Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Il provvedimento è reclamabile.

Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 2393.

Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario rende conto al tribunale che lo ha nominato; convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale.

I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società.

Non risponde ad un idoneo piano di risanamento la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, a meno che esso sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, da cui risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di



recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato nei termini dettati dal decreto in commento.

Gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in data 24 luglio 2010, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 171, nonché a decorrere dall'anno 2012 gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dal predetto Istituto nell'elenco oggetto del comunicato del medesimo Istituto in data 30 settembre 2011, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 228, e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea, le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e 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 Pubbliche Amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al [D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300](#), non possono effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate.

Detti interventi possono essere autorizzati in via straordinaria al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità; in tal caso l'intervento viene autorizzato su richiesta dell'Amministrazione interessata con D.P.C.M., adottato su proposta del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti.

Alle amministrazioni indicate invece sono consentiti i trasferimenti straordinari a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicata alla Corte dei conti, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

Nel lustrò successivo alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le Amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società né acquisire o mantenere partecipazioni in società qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

Di fondamentale importanza, però, allo scopo di prevenire il tracollo finanziario e scongiurare il fallimento delle società *de quibus*, è il loro costante obbligo di monitoraggio con la conseguente adozione dei rimedi del caso.

A tal proposito, infatti, l'art. 20 del T.U. disciplina le modalità ed i tempi entro cui le Amministrazioni analizzano l'assetto delle società in cui detengono partecipazioni - dirette o indirette - e provvedono, ove necessario, alla predisposizione di appositi piani di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione.

Le modalità di razionalizzazione<sup>(16)</sup>, in particolare, sono individuate dai commi da 1 a 8 del menzionato articolo 20 e si dipana i diverse tappe:

- ogni anno gli Enti effettuano, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette;
- predispongono un piano di riassetto per la loro razionalizzazione che può prevedere anche la dismissione), fusione o soppressione che può prevedere anche la dismissione o l'assegnazione in virtù di operazioni straordinarie delle partecipazioni societarie acquisite anche per espressa previsione di legge;

I piani di razionalizzazione corredati da una relazione tecnica circa modalità e tempi di attuazione sono adottati ove le P.A. rilevano:

- 1) partecipazioni societarie che non rientrano nelle categorie di cui all'art. 4 del T.U.;
- 2) società prive di dipendenti o con un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- 3) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
- 4) partecipazioni in società che, nei 3 anni antecedenti, abbiano un fatturato medio non superiore ad 1 milione di euro;
- 5) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio di interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
- 6) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;
- 7) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'art. 4 del T.U.;

- ove non siano detenute partecipazioni l'obbligo di comunicazione alla Corte dei conti è fatto salvo;

- in caso di adozione del piano entro il 31 dicembre dell'anno successivo è approvata dalle Pubbliche Amministrazioni una relazione sull'attuazione del piano, evidenziandone i risultati conseguiti; esse la trasmettono alla struttura individuata presso il Ministero dell'Economia e alla Sezione di controllo della Corte dei conti competente;

- ove, invece, non venga adottato il piano secondo le modalità appena descritte, è comminata una sanzione pecuniaria (da euro 5.000 ad euro 500.000), salvo il danno rilevato in sede di giudizio contabile, comminato dalla Corte dei conti.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 20 cit. disciplina il procedimento di cancellazione delle Società a controllo pubblico dal Registro delle Imprese finalizzato alla loro estinzione.

Dopo la cancellazione, i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi.

La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società.

Per le società partecipate locali, invece, l'art. 21 del D.Lgs. n. 175/2016 reca norme finanziarie specifiche in caso di risultato negativo dell'esercizio, prevedendo obblighi di accantonamento in capo alle amministrazioni partecipanti e sanzioni in capo agli amministratori.

Segnatamente il comma 2, che trova applicazione a decorrere dall'anno 2015, dispone che ove le Pubbliche Amministrazioni Locali ricomprese nell'elencazione offerta all'art. 1, comma 3, Legge 31 dicembre 2009, n 196 presentino un risultato di esercizio negativo<sup>(17)</sup>, le Pubbliche Amministrazioni locali partecipanti, che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in un apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, secondo le prescrizione recate dall'art. 2425 Cod. civ.

Ove ciò non avvenga e il risultato negativo non venga ripianato immediatamente ed anzi costituisca una perdita durevole di valore, gli Enti locali che adottano la contabilità civilistica adeguano il valore della partecipazione, nel corso dell'esercizio successivo, all'importo corrispondente alla frazione del patrimonio netto della società partecipata.

Se l'ente partecipante ripiana la perdita di esercizio o dimette la partecipazione ovvero ancora il soggetto partecipato venga posto in liquidazione, l'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione.

Da ultimo, in via transitoria, il comma 2 dell'art. 21 cit. dispone che per gli anni 2015, 2016 e 2017, in presenza di adozione della contabilità finanziaria:

1) l'ente partecipante a società che hanno registrato nel triennio 2011- 2013 un risultato medio negativo accantona, in proporzione alla quota di partecipazione, una somma pari alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio 2011-2013 migliorato, rispettivamente, del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016; qualora il risultato negativo sia peggiore di quello medio registrato nel triennio 2011-2013, l'accantonamento è operato nella misura indicata dalla lettera b);

2) mentre l'ente partecipante a società che hanno registrato nel triennio 2011-2013 un risultato medio non negativo accantona, in misura proporzionale alla quota di partecipazione, una somma pari al 25% per il 2015, al 50% per il 2016 e al 75% per il 2017 del risultato negativo conseguito nell'esercizio precedente.

Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali che detengano una quota superiore all'80% del valore della produzione, in virtù di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici, che abbiano conseguito un risultato economico negativo nei 3 esercizi precedenti, riducono del 30% il compenso dei componenti degli organi amministrativi.

Ove il risultato economico sia negativo per 2 anni consecutivi, gli amministratori vengono revocati per giusta causa.

---

(1) P. Cosmai, R. Iovino, *Riforma delle società partecipate - Guida operativa al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Wolters Kluwer, 2016.

(2) Cass., Sez. civ. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, seguita poi da una parte di quella di merito: Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2014, n. 150, che ha ritenuto

assoggettabile a fallimento una società *in house* in quanto società e come tale chiarito che l'utilizzo dello schermo societario ne determina l'applicazione di tutte le conseguenze tra cui la sottoposizione, in caso di insolvenza, a procedura fallimentare. Tutto ciò a prescindere dalla presenza di alcuni elementi peculiari quali la competenza giurisdizionale della Corte dei Conti sulla responsabilità degli amministratori, la specificità della *governance* e la finalità pubblicistica perseguita dai soci. Conf. Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2014 con nota di Alecci, *Assoggettabilità delle "società pubbliche" alle procedure concorsuali: le mobili frontiere tra socialità e profitto*, in *Dir. civ. cont.*, 5 gennaio 2015; Trib. Napoli, 29 maggio 2014; Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013.

(3) Cass., SS.UU. civ., 15 aprile 2005, n. 7799 id., 6 maggio 1995, n. 4989; id., 6 giugno 1997, n. 5085; e id., 26 agosto 1998, n. 8454.

(4) Cass., Sez. civ. I, 26 giugno 2001, n. 8694.

(5) Cass., Sez. civ. I, 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 e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (*art. 187 L. fall.*) - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio".

(6) Cass., SS.UU. civ., 7 aprile 2010, n. 8225.

(7) Corte di Giustizia Europea, 10 maggio 2001 n. 223 (cause riunite C-223/99 e C-260/99), con la quale nel decidere la questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'*art. 1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE*, ha ritenuto che un ente che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che opera in ambiente concorrenziale, non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'*art. 1, lett. b)*, comma 2, della direttiva.

(8) Cass., SS.UU. civ., ord. 1° agosto 2012, n. 13792.

(9) Il primo sostenitore: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713.

(10) Trib. Napoli, 1° agosto 2014, n. 547; Trib. Verona, 19 dicembre 2013 e Trib. Nola 30 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*.

(11) Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria n. 1/2008.

(12) Cass., Sez. civ. I, 27 settembre 2013, n. 22209. In termini: App. Napoli, 25 ottobre 2011, n. 119.

(13) Cass., Sez. civ. I, 7 febbraio 2017, n. 3196.

(14) Cass., Sez. civ. I, 27 settembre 2013, n. 22209.

(15) *Cass. n. 21991/2012*.

(16) P. Cosmai, R. Iovino, *Riforma delle società partecipate - Guida operativa al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Wolters Kluwer, 2016.

(17) Che per le società che redigono il bilancio consolidato equivale ad esso mentre per le sole società svolgenti servizi pubblici a rete di rilevanza economica equivale alla differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'[art. 2425 Cod. civ.](#)

---

Copyright 2015 Wolters Kluwer Italia Srl. All rights reserved.