

Anno 12 – Numero 6

19 marzo 2014

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

ATTI DEL CONVEGNO

*I debitori non fallibili: alternative e punti critici
del nuovo diritto fallimentare*

Alba, 16 novembre 2013

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

Hanno collaborato a questo numero:

Sido Bonfatti, Gino Cavalli, Corrado Croci, Davide Di Russo, Alberto Jorio, Alida Paluchowsky, Luciano Panzani, Luigi Salvato, Vittorio Zanichelli

INDICE

ATTI DEL CONVEGNO

I debitori non fallibili: alternative e punti critici del nuovo diritto fallimentare

Alba, 16 novembre 2013

	<i>Pag.</i>
<i>Il convegno di Alba: venti anni dopo</i> di Gino Cavalli	10
<i>La procedura d'insolvenza della città di Detroit</i> di Luciano Panzani	15
<i>Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?</i> di Davide Di Russo	31
<i>Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali</i> di Luigi Salvato	56
<i>Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile e amministrativa e contabile, nei casi di crisi e di insolvenza</i> di Corrado Croci	80
<i>L'insolvenza dei gruppi tra tutela della personalità giuridica ed artifici virtuosi</i> di Alida Paluchowsky	97
<i>L'amministrazione straordinaria delle banche e dei gruppi bancari</i> di Sido Bonfatti	115
<i>L'amministrazione straordinaria: a che punto siamo?</i> di Alberto Jorio	134
<i>Evoluzione dell'amministrazione straordinaria e puntualizzazioni giurisprudenziali</i> di Vittorio Zanichelli	145
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	155
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	159

SOMMARIO

ATTI DEL CONVEGNO

I debitori non fallibili: alternative e punti critici del nuovo diritto fallimentare
Alba, 16 novembre 2013

RELAZIONI A CONVEGNI

Il convegno di Alba: venti anni dopo

L'Autore svolge una breve introduzione ai lavori del convegno.
di **Gino Cavalli**

La procedura d'insolvenza della città di Detroit

Il bankruptcy code americano prevede un apposito procedimento, regolato dal Chapter 9, per l'insolvenza delle c.d. municipalities. In passato i casi di ricorso al Chapter 9 sono stati abbastanza rari, ma negli ultimi anni essi sono aumentati di numero e, tra di essi, l'insolvenza della città di Detroit, che è in questo momento oggetto di un'accesa battaglia legale, spicca per le sue dimensioni, che ne fanno una delle più grandi procedure d'insolvenza d'America o, come si è espresso Kevyn Orr, il manager incaricato dallo Stato del Michigan, quale emergency financial manager, le Olimpiadi del restructuring
di **Luciano Panzani**

Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?

L'Autore affronta la problematica relativa all'assoggettamento delle società in mano pubblica alle procedure concorsuali in caso di insolvenza.
di **Davide Di Russo**

Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali

L'Autore analizza la disciplina delle società pubbliche in relazione a quella delle discipline concorsuali.
di **Luigi Salvato**

Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile e amministrativa e contabile, nei casi di crisi e di insolvenza

L'Autore, dopo aver illustrato brevemente il ruolo della Corte dei Conti rispetto alle società partecipate pubbliche, con riferimento a queste ultime analizza i profili di responsabilità civile, amministrativa e contabile nelle ipotesi di crisi e di insolvenza.
di **Corrado Croci**

SOMMARIO

L'insolvenza dei gruppi tra tutela della personalità giuridica ed artifici virtuosi

L'Autrice analizza la disciplina dell'insolvenza in relazione a quella dei gruppi di società.

di **Alida Paluchowsky**

L'amministrazione straordinaria delle banche e dei gruppi bancari

L'esame della disciplina della Amministrazione Straordinaria bancaria induce a formulare un giudizio di capovolgimento "tecnico" del rapporto esistente tra la disciplina delle crisi bancarie e la disciplina delle crisi delle imprese di diritto comune prima della riforma della legge fallimentare.

di **Sido Bonfatti**

L'amministrazione straordinaria: a che punto siamo?

L'Autore, dopo aver illustrato le ragioni che spinsero il legislatore ad introdurre la disciplina dell'amministrazione straordinaria, ne analizza lo stato al fine di valutare se ed in quale misura essa sia suscettibile di miglioramenti.

di **Alberto Jorio**

Evoluzione dell'amministrazione straordinaria e puntualizzazioni giurisprudenziali

L'Autore si sofferma sull'evoluzione della disciplina dell'amministrazione straordinaria, con particolare riferimento alla giurisprudenza in materia.

di **Vittorio Zanichelli**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
The Conference of Alba, twenty years later <i>The Author makes a brief introduction to the work of the conference</i> by Gino Cavalli	10
The insolvency of the City of Detroit <i>The U.S. bankruptcy code provides for a specific procedure, governed by Chapter 9, for the insolvency of so-called municipalities. In the past, cases of filing for Chapter 9 have been quite exceptional, but in recent years they have increased in number, and among them, the insolvency of the city of Detroit, which is now the subject of an intense legal battle, stands out for its size, making it one of the largest insolvency proceedings of America or – as Kevyn Orr, the manager appointed by the State of Michigan as emergency financial manager, said – the Olympics of the restructuring.</i> by Luciano Panzani	15
Are In-house companies subject to bankruptcy proceedings in case of insolvency? <i>The Author deals with the issue related to the admittance of an In-house company to bankruptcy proceedings in case of insolvency.</i> by Davide Di Russo	31
In-house companies under the test of insolvency proceedings <i>The Author analyzes the discipline of In-house companies in relation to the insolvency proceedings</i> by Luigi Salvato	56
The In-house companies: civil, administrative and accounting procedures, in cases of crisis and insolvency <i>The Author, after a brief explanation of the role of the Court of Accounts with respect to in-house companies, with regard to the latter analyzes the discipline of the civil, administrative and accounting procedures in case of crisis and insolvency.</i> by Corrado Croci	80

INDEX-ABSTRACT

- The insolvency of groups of companies, protection of legal personality and upright trick.** 97
The Author analyzes the discipline of insolvency in relation to groups of companies.
by **Alida Paluchowsky**
- Extraordinary administration of banks and banking groups** 115
The discipline of extraordinary administration of banks and banking groups leads us to make a turnaround of the relationship between the regulation of the banking crisis and the crisis of the companies before the Reform of insolvency law.
by **Sido Bonfatti**
- Extraordinary administration proceedings, where do we stand?** 134
The Author, after having explained the motivations which have lead to the adoption of the extraordinary administration proceedings, analyses where do we stand in order to value whether and to what extent such proceedings can be improved.
by **Alberto Jorio**
- Evolution of the extraordinary administration and some clarifications made by case law** 145
The Author focuses on the evolution of the discipline of extraordinary administration, with particular reference to the case law.
by **Vittorio Zanichelli**

RELAZIONI A CONVEGNI

con la collaborazione di:

**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
di Torino, Ivrea e Pinerolo**

**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
della Provincia di Cuneo**



COMUNE DI ALBA

Con il contributo di

INTESA  SANPAOLO

Si ringrazia

FERRERO S.p.A.

CERETTO

ItaliaOggi

**IL NUOVO DIRITTO
DELLE SOCIETÀ**

ISCRIZIONE

Le iscrizioni al convegno
dovranno essere effettuate on line sul sito
wellcomonline.com/iscrizioni
entro e non oltre il 12 novembre 2013
(fino ad esaurimento posti).

La partecipazione ai lavori dell'intera giornata darà
diritto al riconoscimento di n. 6 crediti formativi per gli
avvocati (n. 3 per chi presenzierà soltanto al mattino) e
n. 6 crediti formativi per i Dottori Commercialisti



ASSOCIAZIONE ALBESE
STUDI DI DIRITTO COMMERCIALE

XX CONVEGNO NAZIONALE DI STUDI

I DEBITORI NON FALLIBILI: ALTERNATIVE E PUNTI CRITICI DEL NUOVO DIRITTO FALLIMENTARE



ALBA
Sabato 16 Novembre 2013

Centro Ricerche Ferrero
Via Pietro Ferrero, 19

Segreteria Organizzativa:

WELL COM

Via Rio Misureto, 8 - 12051 ALBA (CN)
Tel. 0173.362958 - 3356394015 - Fax 0173.362940
E-mail: eventi@wellcomonline.com

www.ferrero.it

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONVEGNO DI ALBA: VENTI ANNI DOPO

L'Autore svolge una breve introduzione ai lavori del convegno.

di **GINO CAVALLI**

Poiché ho l'onore e l'onere di presiedere *ab immemorabili* l'Associazione Albese Studi di diritto commerciale, è stato affidato a me il compito di aprire i lavori in occasione di un evento particolarmente significativo. Vale a dire, come tutti ormai sanno, al compimento del ventesimo anno di vita del Convegno di Alba, che dell'Associazione rappresenta il fiore all'occhiello e il figlio prediletto.

Chiedo anticipatamente scusa se sarò inadeguato a svolgere come sarebbe stato augurabile l'incarico affidatomi, poiché, se in qualche modo me la cavo nello svolgimento di relazioni giuridiche, non sono molto bravo in questo genere di esercizio, per così dire encomiastico, soprattutto considerando che l'encomio dovrebbe provenire da uno degli encomiati. Ma, poiché, ai conflitti d'interesse siamo da lungo tempo abituati e, dopo tutto, come ben sanno coloro che si occupano d'investimenti bancari, l'importante è che il conflitto sia reso noto in anticipo, non è stato possibile sottrarmi a questo doveroso ufficio.

Dunque, il Convegno di Alba vent'anni dopo. Questo è il titolo che compare sul programma. *Vingt ans après*. E il pensiero non può non correre subito ad Alexandre Dumas, anche se, a onor del vero, le avventure del Convegno sono state certo meno mirabolanti di quelle affrontate da D'Artagnan e dai suoi soci.

Eppure, nel nostro piccolo e nei limiti consentiti dall'essere, per fortuna, giuristi e non moschettieri perennemente occupati in pericolosi duelli e in diabolici intrighi, anche noi qualche modesta avventura l'abbiamo pur sempre affrontata.

Vorrei allora incominciare dalle avventure più prosaiche, quelle che si nascondono dietro il Convegno vero e proprio, per ricordare che, se dopo vent'anni ci troviamo ancora una volta qui, lo dobbiamo a tutti coloro che non hanno risparmiato i loro sforzi, il loro impegno e il loro tempo prezioso per far sì che la tradizione continuasse così a lungo. Una cosa, evidentemente, è mettere insieme un convegno estemporaneo: lo fanno in tanti, come testimonia l'arrivo pressoché quotidiano d'inviti e locandine di ogni sorta. Altra cosa è farlo per vent'anni consecutivi e farlo non in una

RELAZIONI A CONVEGNI

semplice ottica conservativa, ma in un'ottica di progressiva crescita, dando ai nostri incontri albesi contenuti sempre più importanti – io credo – sia per dimensioni, sia per contenuti scientifici.

Non ricordo con gratitudine me stesso, per il già evocato conflitto d'interessi. Ma credo fermamente non ci si possa nascondere che il Convegno di Alba non ci sarebbe stato o, almeno, sarebbe finito da un bel pezzo se non fosse esistita quella creatura colta, tenace e instancabile che risponde al nome di Luciano Panzani, che qui mi piace ricordare ancora una volta non solo come amico e compagno di avventura, ma come autentico demiurgo della nostra manifestazione.

Quando Luciano Panzani da Presidente del Tribunale di Alba passò alla Corte di Cassazione per poi andare a dirigere il Tribunale di Torino, la cosa più normale del mondo sarebbe stata quella di abbandonare l'Associazione Albese e declinare ogni ulteriore impegno attinente al Convegno, non permettendogli più i nuovi ed onerosi incarichi di dedicare tempo e fatiche ulteriori a questo lembo di mondo sperso nella Langa.

Così non è stato e tutti, albesi e non albesi, dobbiamo essergliene, come gliene siamo, siamo profondamente grati. L'attenzione e, direi, l'affetto che Luciano Panzani ha mostrato di nutrire per questa Città e per una manifestazione che vi ha sempre richiamato illustri giuristi e operatori italiani e stranieri sono stati un punto fermo per questi lunghi anni.

Ma, evidentemente, saremmo poco attenti e riconoscenti se, accanto a Panzani, non ricordassimo qui il lavoro silenzioso di chi lo ha sempre lealmente affiancato. Lasciatemi menzionare almeno Dodo Bubbio e Dario Gramaglia, due esponenti di spicco del Foro di Alba che, pur attivamente impegnati nella loro professione, non hanno mai risparmiato energie e ore rubate al lavoro per assicurare la riuscita dei nostri Convegni. E, accanto a loro, gli Ordini professionali dei commercialisti e degli esperti contabili di Torino e di Cuneo, sempre attenti e sempre presenti con la loro opera di fiancheggiamento e di diffusione dell'iniziativa.

Un capitolo a parte, infine, è quello che va dedicato agli *sponsors* storici (meglio, forse e più italianamente, mecenati) della manifestazione, grazie ai quali essa è non solo sopravvissuta, ma cresciuta via, via d'importanza, allevata e nutrita dall'infanzia, all'adolescenza e ora alla vigorosa maturità di un ventenne.

I convegni sono una bellissima occasione per dibattere temi e problemi e per intrecciare un dialogo fra operatori e studiosi vivificato dalla presenza fisica dei

RELAZIONI A CONVEGNI

protagonisti. Ma è fin troppo evidente che l'Associazione Albese non sarebbe stata in grado di organizzare venti convegni con le sue sole forze.

E qui la riconoscenza va, *in primis*, alla società Ferrero, nella persona sempre attenta e cordiale del dottor Ferrua, che per tutti questi anni, sebbene i convegni giuridici abbiano poco a che fare con il cioccolato, ci ha seguito con simpatia e con grande apertura culturale, mettendo a disposizione la prestigiosa sede dei lavori e assicurando ai convegnisti il *confort* di un magnifico servizio di credenza.

Nonostante la Ferrero, è però chiaro a tutti che nessun convegno sarebbe stato in grado di esistere, crescere e svilupparsi senza il fondamentale contributo accordato da San Paolo Imi prima e da Intesa San Paolo poi.

Con Sanpaolo Imi si era instaurato e consolidato nel tempo un rapporto di collaborazione sul quale noi organizzatori ci cullavamo fiduciosamente. Ma ricordo benissimo la preoccupazione che ci afferrò a seguito della fusione con Banca Intesa. Che cosa avrebbero mai detto e fatto questi "cattivi" milanesi, ai quali, forse, di Alba nulla sarebbe importato, interessando loro solamente Monza o Cantù? E invece, con l'assistenza preziosa di Davide Maero, ci toccò la fortuna di conoscere Elisabetta Lunati, la quale sposò subito con entusiasmo l'idea dei Convegni Albesi e con la quale, da quel momento in poi e sino ad oggi, si è instaurata una coesa e gradevole partecipazione. A loro (perché le persone giuridiche saranno pure, come s'insegna, centri automi d'imputazione di rapporti giuridici, ma poi, nella realtà, sono fatte di uomini e donne in carne e ossa), a loro - dicevo - va in questo momento di celebrazione di un traguardo importantissimo, il mio e nostro grazie amicale ed affettuoso.

Esaurito l'*excursus* dei travagli che, non visti, hanno sempre accompagnato l'organizzazione del Convegno, a partire dalla prima estate di ogni anno sino alla catararsi novembrina, talora accompagnata dalla prima neve, in un crescendo rossiniano di telefonate, fax, mail, riunioni, e quant'altro, sempre accompagnati dalla solerte assistenza di Well Com (meglio, di Marinella Minetti e di Chiara Zurra), è venuto il momento di far cenno ad avventure, per così dire, più nobili, che hanno accompagnato i nostri venti convegni. Avventure intellettuali legate a una stagione di radicali mutamenti legislativi, che, come tutti sappiamo, hanno profondamente segnato il sistema del diritto commerciale italiano.

Se scorriamo i titoli dei incontri è agevole cogliere che a questi aspetti è stata dedicata la nostra preminente attenzione, sia *de iure condendo*, sia *de iure condito*, nella fase di prima interpretazione delle norme che il nostro legislatore, non sempre provvidamente, è andato via via ponendo.

RELAZIONI A CONVEGNI

Diritto societario *lato sensu*, diritto fallimentare, diritto dei mercati finanziari hanno rappresentato i cardini sui quali i Convegni albesi sono stati costruiti, con qualche connesso ed opportuno *excursus* anche sul versante del processo.

Non è certo il caso di elencare qui i titoli dei venti incontri, anche perchè essi già campeggiano sui totem e sul materiale che è stato distribuito. Non sfuggirà, peraltro, che dei problemi (ancora oggi al centro dell'attenzione) posti dalla gestione extrafallimentare dell'insolvenza cominciammo ad interessarci sino dal 1996, che i primi convegni sulla riforma della legge fallimentare datano al biennio 2001-2003 e che alla riforma delle società non quotate era stato dedicato il lontano convegno del 1998.

Tanto meno, poi, può essere questa la sede per tracciare un consuntivo sulle due riforme (quella societaria e quella fallimentare) che hanno introdotto nel nostro sistema elementi di profonda innovazione. Per fare ciò, occorrerebbero spazi assolutamente vietati a questo semplice prologo, abbisognando, di là del giudizio finale, di lunghe e ragionate motivazioni, probabilmente superiori alle mie forze.

Lasciatemi solo dire, a mo' di semplice *divertissement*, che, pur con tutti i problemi irrisolti e con tutte le perfezioni ancora possibili e auspicabili, il nuovo diritto fallimentare, nato pur sempre sul ceppo di una legge rigorosa e coerente, conserva per me una certa attrattiva e una certa coerenza sistematica che non dovrebbe disperdersi, come a ragione si può temere, sull'onda della solita legislazione dell'emergenza. Analogo apprezzamento, invece, non mi sentirei di sottoscrivere per il nuovo diritto societario, per quanto sia ovvio che le crescenti complicazioni del quadro economico e l'incalzare di tempi nuovi avessero reso obsoleto il vecchio (ma indiscutibilmente solido) sistema studiato da noi vecchietti torinesi sul poderoso *Manuale* di Giuseppe Ferri. Chiedo scusa per l'irriverenza, ma le ermafroditiche imprese individuali a responsabilità limitata (quali sono, di fatto, le società senza pluralità di soci) e le s.r.l. con capitale sociale di un euro, tanto per citare due esempi abbastanza scioccanti, sono cose che non fanno per me.

Meglio è allora concludere il mio modesto intervento, evocando, piuttosto, i tanti autorevoli relatori che ci hanno onorato della loro presenza, per rivolgere loro un saluto e un caldo ringraziamento: il mondo delle Università, quello della Magistratura e quello dei professionisti sono sempre stati rappresentati – confido – ai massimi livelli, né credo si possa dimenticare i prestigiosi studiosi di altri Paesi che hanno illustrato alcuni degli incontri più recenti, riproponendo quell'interesse internazionalistico che aveva ispirato addirittura il nostro secondo Convegno, quello del 1995 dedicato alla riforma del diritto internazionale privato. Non tutti questi studiosi, purtroppo, sono ancora fra noi e mi sia

RELAZIONI A CONVEGNI

allora permesso ricordare qui un giurista ed amico che ci gratificò di una bellissima relazione nel Convegno del 2002 sulla riforma del diritto societario: intendo riferirmi a Gianfranco Campobasso, troppo presto scomparso, al cui fondamentale, bellissimo testo di diritto commerciale io ho sempre fatto e continuo a fare, riferimento, tanto nelle aule universitarie, quanto nella vita professionale.

Nel chiudere un periodo significativo qual è il ventennio decorso, il pensiero dovrebbe andare, come nelle tradizioni, anche al futuro. Ma il futuro, signori, è per sua natura una cosa infida, specialmente quando si attraversano intemperie come quelle che affliggono da anni il nostro Paese (alcuni temi dell'odierno incontro ne sono la miglior testimonianza) e, perché no, quando l'età di chi vi parla incalza. *Quam minimum credula postero*, ammoniva a ragione il grande Orazio. Meglio afferrare, dunque, questo momento felice e dare subito inizio ai nostri lavori.

Le incertezze che ci agitano, tuttavia, non devono far dimenticare che il ciclo dei moschettieri non ha avuto fine con *Vingt ans après*, ma è subito ripreso con *Il Visconte di Bragelonne*. E allora speriamo che anche a noi sia possibile avere un *Vicompte de Bragelonne*: intendo riferirmi, come minimo e come spero, al ventunesimo Convegno di Alba nel novembre del venturo anno 2014 (tema, relatori e *sponsors* da definire alle prime aure tiepide della prossima estate).

Vi ringrazio tutti per l'ascolto e mi taccio per consentire di venire subito a cose più serie e a più interessanti (e certamente più profonde) meditazioni: *dum loquimur fugerit invida aetas*.

LA PROCEDURA D'INSOLVENZA DELLA CITTÀ DI DETROIT

Il bankruptcy code americano prevede un apposito procedimento, regolato dal Chapter 9, per l'insolvenza delle c.d. municipalities. In passato i casi di ricorso al Chapter 9 sono stati abbastanza rari, ma negli ultimi anni essi sono aumentati di numero e, tra di essi, l'insolvenza della città di Detroit, che è in questo momento oggetto di un'accesa battaglia legale, spicca per le sue dimensioni, che ne fanno una delle più grandi procedure d'insolvenza d'America o, come si è espresso Kevyn Orr, il manager incaricato dallo Stato del Michigan, quale emergency financial manager, le Olimpiadi del restructuring

di **LUCIANO PANZANI**

1. Il bankruptcy code americano prevede un apposito procedimento, regolato dal Chapter 9, per l'insolvenza delle c.d. *municipalities*. In passato i casi di ricorso al Chapter 9 sono stati abbastanza rari, ma negli ultimi anni essi sono aumentati di numero e, tra di essi, l'insolvenza della città di Detroit, che è stata oggetto di un'accesa battaglia legale, tuttora in corso, spicca per le sue dimensioni, che ne fanno una delle più grandi procedure d'insolvenza d'America o, come si è espresso Kevyn Orr, il manager incaricato dallo Stato del Michigan, quale *emergency financial manager*, le Olimpiadi del *restructuring*.

Nell'aprile del 2012 la città di Detroit raggiunse un accordo con il Governatore del Michigan che prevedeva un maggior aiuto finanziario da parte dello Stato a fronte di un più ampio controllo sulla gestione finanziaria della città. Nel febbraio 2013 il Governatore Snyder annunciò che lo Stato del Michigan avrebbe assunto il controllo finanziario della città in applicazione della legge 72/90 dello Stato. Fu quindi nominato Orr, che nel maggio 2013 predispose un rapporto sullo stato finanziario di Detroit dal quale risultava che la città era insolvente in base al *cash flow* e che alla fine dell'anno vi sarebbe stato un deficit di cassa di 162 milioni di dollari. Nel giro di due mesi il deficit di bilancio avrebbe raggiunto i 386 milioni di dollari e che un terzo del *budget* della città era assorbito dai pagamenti a favore dei pensionati.

La capacità di Detroit di prendere denaro a prestito, tramite l'emissione di *bonds*, si è esaurita dopo anni di emissione di obbligazioni a lungo termine per far fronte

RELAZIONI A CONVEGNI

ai debiti correnti. La città ha debiti per più di 17 miliardi di dollari o, se si preferisce, per 25.000 dollari per ciascun abitante. Il gettito dell'imposta sulla proprietà immobiliare è sceso di circa il 20% negli ultimi cinque anni in conseguenza della perdita di valore degli immobili. La disoccupazione ha portato ad una diminuzione nel gettito dell'imposta sul reddito del 30% a far tempo dal 2002. Dal 2007 al 2011 il numero dei poveri è salito del 36,2 %. L'elevata aliquota d'imposta ha determinato l'esodo degli abitanti (la città che negli anni 50 aveva quasi due milioni di abitanti, è scesa ora a circa 700.000), con la conseguenza che ha poco significato innalzarla ulteriormente. Inoltre una parte rilevante del gettito teorico che la città dovrebbe incassare, non viene raccolta in modo adeguato. Il livello dei servizi municipali è sceso, anche perché la città si estende su un'area enorme, in cui ben 78.000 strutture sono abbandonate e danneggiate, di cui la metà è ritenuta pericolosa e 68.000 aree, del pari danneggiate e vuote, che sono a rischio di incendi e di insediamenti criminali. La rete elettrica è in cattivo stato, i parchi sono chiusi ed i pompieri lamentano che le loro attrezzature sono prive di manutenzione. Circa il 40% dell'illuminazione pubblica non funziona. Un'ambulanza impiega 58 minuti ad arrivare (due volte la media americana). Detroit ha il più alto tasso di criminalità tra tutte le città americane con più di 200.000 abitanti. Il numero di omicidi all'anno (48) è il secondo più alto degli Stati Uniti.

Nel giugno 2013 Orr sospese il pagamento di una parte degli *unsecured creditors*, ivi compresi i pensionati, nel tentativo di evitare la dichiarazione d'insolvenza, proponendo contemporaneamente un piano per la ristrutturazione del debito. Il piano proposto da Orr prevedeva una moratoria sul pagamento di tutti i crediti *unsecured*, e la previsione di pagare per la maggior parte di tali crediti il 10%. Per la prima volta il piano trattava alla pari degli altri creditori i portatori dei *bonds* emessi dalla città e i titolari di pensione con la conseguenza che i risparmiatori che avevano sottoscritto le obbligazioni, i dipendenti pubblici ed i pensionati avrebbero dovuto sopportare, insieme agli altri creditori, il sacrificio della ristrutturazione. La proposta, oltre ad essere cruciale per le categorie di creditori interessate, rappresentava un precedente importante perché altre città si trovavano in una situazione non dissimile da Detroit. Negli anni passati altre città americane avevano già fatto ricorso al *Chapter 9*, anche se nessuna di esse aveva le dimensioni di Detroit. Si tratta di Stockton, Vallejo e San Bernardino in California; di Central Falls, Rhode Island, Jefferson County in Alabama; di Harrisburg in Pennsylvania.

Secondo la *National League of Cities* il 2012 aveva rappresentato il sesto anno consecutivo di declino dei proventi dei *general-funds* espressi in dollari. Sempre con riferimento al 2012 il gettito dell'*income tax* era sceso per la terza volta, alla pari della *property-tax*. Dal 2007 le entrate di cassa delle città erano scese del 50% al 12,7% della spesa, il livello più basso dal 1996. Tuttavia il mercato dei *bonds* emessi dalle città non

RELAZIONI A CONVEGNI

si presentava particolarmente critico. *Assured Guaranty* un assicuratore di questi bond ha affermato che sull'esposizione relativa ad 11.000 diverse emissioni di *bonds*, si aspettava perdite su meno di dodici. I casi di Detroit e Jefferson County, si è detto, erano particolari perché Detroit pagava la diminuzione della popolazione ed il crollo dell'industria dell'auto, mentre la crisi di Jefferson County era dovuta a cattiva amministrazione e corruzione. Se il mercato dei *bonds* non presentava segni immediati di *default*, tuttavia, era un dato di fatto che le municipalità nei prossimi anni dovevano andare incontro ad un aumento dei costi legati alla sanità ed alle pensioni.

2. Il *Chapter 9* si applica non soltanto ai comuni (*cities and towns*), ma anche alle contee, ai *taxing districts*, alle *municipal utilities*, ai distretti scolastici. Lo scopo principale della procedura è di assicurare al debitore protezione mentre sviluppa e negozia un piano per regolare i suoi debiti. Il piano prevede normalmente una rinegoziazione dell'entità e delle scadenze dei debiti od anche il rifinanziamento tramite nuovi finanziamenti. La procedura si differenzia notevolmente sia dal *Chapter 11* che dalla liquidazione (*Chapter 7*) perché non consente la vendita dei beni e la distribuzione del ricavato ai creditori. Tale attività violerebbe il decimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti e la riserva di legge a favore degli Stati in relazione ai propri affari interni. Per effetto di questi limiti il giudice non assume le iniziative che sono solite negli altri tipi di procedure e svolge quindi un ruolo più limitato. In sostanza il giudice approva la domanda, a condizione che essa sia stata ritenuta ammissibile; approva il piano di ristrutturazione ed assicura la sua esecuzione. Di fatto peraltro la municipalità sovente consente che il giudice svolga un ruolo più incisivo, tramite *Court's orders* che evitano la moltiplicazione dei giudizi davanti a diverse giurisdizioni.

Perché la domanda sia ammissibile la sezione 109 (c) dello *U.S. Bankruptcy Code* prevede alcuni requisiti, tra i quali vanno ricordati: a) l'insolvenza del debitore; b) il consenso della maggioranza dei creditori il cui trattamento è pregiudicato (*impaired*) dal piano in ciascuna classe; c) aver negoziato in buona fede con i creditori e non esser riusciti ad ottenere il consenso della maggioranza in ciascuna classe, ovvero non essere in condizioni di negoziare con i creditori perché la trattativa è impraticabile. Come si vedrà, quest'ultimo requisito nel caso Detroit è contestato dai creditori che eccepiscono l'inammissibilità della domanda.

Una norma particolare stabilisce che il ricorso per *Chapter 9* non sia oggetto di assegnazione automatica, ma sia assegnato dal Presidente della Corte d'appello federale nel cui territorio è compresa la *Bankruptcy Court*. La ragione di questa disciplina speciale sta nella volontà di evitare che la politica possa fare speculazioni su quale giudice dovrà trattare il caso ed anche di nominare un giudice che abbia sufficiente competenza per casi di questo tipo, che sono particolarmente complicati.

RELAZIONI A CONVEGNI

Le obiezioni più comuni che i terzi possono proporre alla domanda di *Chapter 9* sono che le negoziazioni non sono state condotte in buona fede, che lo Stato non ha autorizzato la municipalità a presentare la domanda, che la domanda non è stata presentata in buona fede. Se il giudice accoglie l'opposizione dismetterà il caso; altrimenti accorderà protezione (*relief*) secondo la disciplina del *Chapter 9*.

L'*automatic stay* previsto dalla sez. 362 del *Bankruptcy Code* si applica anche al *Chapter 9*. In forza dello *stay* sono sospese tutte le azioni contro il debitore e la sua proprietà dal momento della presentazione della domanda. Un *automatic stay* aggiuntivo vieta, nel caso del *Chapter 9*, tutte le azioni contro gli ufficiali della municipalità e contro i suoi abitanti dirette ad ottenere il pagamento di un credito. Nella procedura il giudice stabilisce il termine entro il quale deve essere presentata la prova dei crediti vantati nei confronti della municipalità. Tuttavia non occorre presentare prova del credito se esso è già compreso negli elenchi presentati dalla municipalità, salvo che sia indicato come contestato.

La Corte in questo tipo di procedimento ha poteri limitati. La sez. 904 limita la facoltà del giudice d'interferire sui poteri politici o governamentali del debitore, sulla proprietà o sui redditi del debitore, l'uso o il godimento dei redditi da parte del debitore, salvo che l'utilizzo di tali redditi sia previsto dal piano. L'attività quotidiana del debitore non è soggetta ad autorizzazione ed il debitore può prendere denaro in prestito senza necessità di autorizzazione da parte della Corte. La Corte non può nominare un curatore, salvo casi particolari, non può trasformare la procedura in una procedura liquidativa.

Queste ed altre restrizioni ai poteri della Corte sono necessarie per assicurare la costituzionalità del *Chapter 9*, evitando che il giudice possa esercitare il suo controllo sugli affari politici e di governo in luogo dei soggetti eletti dai cittadini ed in luogo dello Stato. Tuttavia una legge dello Stato che preveda un particolare modo di composizione della crisi non può essere vincolante per i creditori che non vi hanno aderito. I vincoli costituzionali comportano che solo il debitore, cioè la municipalità, possa presentare un piano, perché un piano concorrente proposto dai creditori, potrebbe minacciare l'autonomia della municipalità nell'utilizzo delle risorse di cui può disporre.

Anche lo *U.S. Trustee* ha meno poteri che nei casi ordinari. Per quanto esso possa nominare un comitato dei creditori, non può nominare un *trustee* e non può esaminare il debitore in presenza dei creditori, perché non è previsto un *creditors' meeting*. Anche i creditori hanno meno poteri, non potendo ad esempio presentare un piano concorrente con quello del debitore. Va poi aggiunto che entro certi limiti anche i

RELAZIONI A CONVEGNI

creditori dissenzienti sono vincolati dal piano approvato dalla maggioranza. Tuttavia il comitato dei creditori ha poteri abbastanza penetranti.

Come si è già accennato, il debitore ha più poteri di quanti normalmente ne abbia il debitore nel *Chapter 11*. Ha ampio potere di imporre tasse e decidere quali spese effettuare. Ha il potere di sciogliersi dai contratti pendenti che non siano vantaggiosi ed inoltre può sciogliersi dagli accordi collettivi con i sindacati e dai piani pensione, in forme più semplificate rispetto a quanto previsto nel *Chapter 11*. Per quanto concerne i portatori di *bonds*, la municipalità può sciogliersi dagli impegni assunti se si tratta di obbligazioni di carattere generale. Non così quando vi è un pegno a garanzia del *bond* o si tratta di *special revenue bonds*. In questi casi il creditore ha diritto di continuare ad essere pagato in pendenza di procedura.

La conferma del piano richiede che vengano soddisfatte sette condizioni che sono elencate dalla sez. 943(b)¹:

- 1) Il piano deve rispettare le disposizioni del titolo 11 del *Bankruptcy Code* rese applicabili dalle sezioni 103(e) e 901;
- 2) il piano deve rispettare le previsioni del capitolo 9;
- 3) tutte le somme che debbono essere pagate dal debitore o da ogni altra persona per servizi o per spese nella causa o relative al piano debbono essere completamente svelate e debbono essere ragionevoli;
- 4) al debitore non è vietato dalla legge compiere ogni azione necessaria per portare a termine il piano;

¹ 1. *The plan complies with the provisions of title 11 made applicable by sections 103(e) and 901;*
2. *The plan complies with the provisions of chapter 9;*
3. *All amounts to be paid by the debtor or by any person for services or expenses in the case or incident to the plan have been fully disclosed and are reasonable;*
4. *The debtor is not prohibited by law from taking any action necessary to carry out the plan;*
5. *Except to the extent that the holder of a particular claim has agreed to a different treatment of such claim, the plan provides that on the effective date of the plan, each holder of a claim of a kind specified in section 507(a)(1) will receive on account of such claim cash equal to the allowed amount of such claim;*
6. *Any regulatory or electoral approval necessary under applicable non bankruptcy law in order to carry out any provision of the plan has been obtained, or such provision is expressly conditioned on such approval; and*
7. *The plan is in the best interests of creditors and is feasible.*

RELAZIONI A CONVEGNI

5) al di fuori del caso in cui il titolare di un particolare credito abbia prestato consenso ad un trattamento particolare di detto credito, il piano deve prevedere che a far tempo dalla data effettiva del piano, ciascun titolare di crediti del tipo specificato nella sezione 507(a)(1) in acconto su tale credito in pagamento un importo pari al riconosciuto ammontare del credito;

6) ogni autorizzazione regolamentare o elettorale necessaria ai sensi di una legge non fallimentare per attuare qualunque previsione del piano deve esser stata ottenuta, o tale previsione è espressamente condizionata all'intervento di tale approvazione;

6) il piano è nel miglior interesse dei creditori ed è fattibile.

Con riferimento al rinvio alle disposizioni del titolo 11, occorre che il piano sia approvato da ogni classe di creditori *impaired*. Se almeno una classe ha approvato il piano, la Corte può utilizzare il *cram down*.

La circostanza che il piano deve essere nel miglior interesse dei creditori, assume un significato diverso nel *Chapter 11* e nel *Chapter 9*. Nel primo si guarda se il trattamento previsto dal piano è migliore di quanto il creditore potrebbe ottenere in caso di liquidazione. Nel *Chapter 9*, poiché non vi è liquidazione, si guarda a quanto i creditori potrebbero ricevere con una soluzione alternativa. L'alternativa è la dismissione del caso con la conseguenza che ogni creditore può agire liberamente a tutela dei suoi interessi. Tuttavia in genere si ritiene che sia dovere della municipalità prevedere ragionevoli sforzi per venire incontro ai propri creditori e tale soluzione viene considerata come alternativa praticabile.

All'esito del *Chapter 9* è previsto il *discharge* che richiede l'approvazione del piano ed il deposito delle somme necessarie per la sua esecuzione oltre che la valutazione positiva da parte del giudice delle garanzie che sono state presentate dal debitore. Vi sono due eccezioni al *discharge*: la prima riguarda le eccezioni espressamente previste dal piano; la seconda i crediti di chi non ha avuto legale notizia della pendenza della procedura. La Corte può revocare l'approvazione del piano entro 180 giorni dalla data del provvedimento ove risulti che vi è stata frode.

3. Com'è noto, anche in Italia per gli enti locali è prevista una procedura di dissesto finanziario, diretta alla nomina di un organo straordinario di amministrazione, che si affianca e non si sostituisce, se non per alcune competenze, agli organi ordinari dell'ente; all'accertamento della massa passiva ed al soddisfacimento dei crediti per il tramite delle risorse proprie dell'ente oltre che di un apposito mutuo con la Cassa di Risparmio e Prestiti, i cui oneri finanziari sono a carico dello Stato. La procedura non prevede l'intervento del giudice e neppure l'apertura di una vera e propria procedura d'insolvenza, ma comporta la sospensione delle azioni esecutive pendenti.

RELAZIONI A CONVEGNI

L'istituto del dissesto finanziario è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano con l'articolo 25 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 1989, n. 144 e dall'articolo 21 del decreto-legge 18 gennaio 1993.

La normativa sul dissesto prevedeva un intervento eccezionale dello Stato, nel caso in cui gli enti non potessero far fronte ai debiti con l'autofinanziamento, ma chiedeva all'ente locale di contribuire al risanamento attraverso l'adozione di provvedimenti del pari eccezionali. Lo Stato, infatti, consentiva all'ente dissestato di contrarre con la Cassa depositi e prestiti un mutuo per il finanziamento dell'indebitamento pregresso il cui onere era a totale carico dello Stato stesso. A tal fine era previsto l'utilizzo delle quote spettanti all'ente del fondo per lo sviluppo degli investimenti.

Per indebitamento pregresso si intende il disavanzo di amministrazione da conto consuntivo dell'ultimo esercizio precedente il dissesto ed i debiti fuori bilancio riconoscibili, in quanto rispondenti ai fini istituzionali dell'ente locale. In un primo momento alcuni enti dichiararono il dissesto con una certa leggerezza, allettati dal rilevante contributo statale, e convinti che non fossero poi così stringenti i provvedimenti da adottare. In effetti così non era.

L'ente dissestato era tenuto ad approvare un nuovo bilancio, vagliato da esperti ministeriali per quanto attiene alla veridicità delle poste iscritte, sulla base dell'elevazione al livello massimo consentito dalla legge delle entrate proprie, e dichiarando la mobilità del personale eccedente alcuni parametri fissati dalla legge in ragione della popolazione e della fascia demografica di appartenenza. L'ente locale era altresì tenuto a contribuire all'onere della liquidazione procedendo all'alienazione di quella parte del patrimonio disponibile non strettamente necessaria all'esercizio delle funzioni istituzionali. La dichiarazione di dissesto in breve tempo parve agli enti pertanto una iattura da evitare al fine di non essere costretti ad emanare provvedimenti così impopolari.

La dichiarazione del dissesto era tuttavia, per precisa disposizione, un atto dovuto nel ricorrere dei presupposti, che erano l'incapacità di assicurare i servizi essenziali o il sussistere di un tale volume di indebitamento da non poter essere sanato senza l'adozione dei provvedimenti eccezionali previsti dalla norma e consistenti in rilevanti aiuti statali. Oltre infatti alla copertura dell'onere di ammortamento del mutuo da contrarre per pagare l'indebitamento, lo Stato assicurava l'adeguamento dei contributi correnti alla media pro-capite della fascia demografica di appartenenza, nel

RELAZIONI A CONVEGNI

caso degli enti sottodotati, nonché il rimborso degli oneri del personale posto in mobilità e la conservazione per sempre dei relativi fondi, che nel caso della mobilità volontaria seguono normalmente il dipendente, andando cioè all'ente di destinazione.

Nonostante questi innegabili vantaggi, i provvedimenti da adottare in materia di personale e di tributi locali erano ritenuti così pesanti che gli enti arrivavano alla dichiarazione di dissesto solo quando, a seguito delle azioni esecutive dei creditori, non era più possibile pagare gli stipendi al personale dipendente.

Questa prima formulazione della norma non prevedeva, tuttavia, una temporizzazione degli adempimenti da parte degli enti, e molti, una volta dichiarato il dissesto, non adottavano i conseguenti provvedimenti necessari per ottenere l'approvazione ministeriale e l'autorizzazione alla contrazione del mutuo con la Cassa depositi e prestiti. La dichiarazione di dissesto consentiva infatti di bloccare le azioni dei creditori, ciò che era, come detto, lo scopo a breve termine degli enti che di fatto avevano per la maggior parte dichiarato il dissesto solo una volta giunti ad una situazione di blocco gestionale totale per mancanza di liquidità. Pervenivano così le giuste proteste dei creditori, ed i giudici cominciavano a non rispettare il blocco dei provvedimenti esecutivi, consentendo le azioni individuali sui fondi degli enti.

Nel corso degli anni la normativa è stata più volte rivista e costituisce ormai un corpus piuttosto ampio. Per effetto dei successivi interventi l'ente locale conservava la competenza all'adozione dei provvedimenti concernenti il risanamento, e cioè all'adozione delle misure concernenti il presente ed il futuro, mentre l'organo della liquidazione assumeva ogni competenza per quanto attiene al pagamento dell'indebitamento pregresso, da curare entro certi limiti nelle forme delle procedure fallimentari.

Il contributo dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso è stato quantificato in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato, e, sempre in rapporto a tale popolazione, è stato fissato un importo massimo accordabile. Qualora l'importo del mutuo accordabile, sommato al gettito ritraibile dall'alienazione dei beni dell'ente, non sia sufficiente al pagamento dei debiti pregressi è prevista la liquidazione percentuale dei debiti. La parte dei debiti non soddisfatta torna, al termine della procedura, a gravare sull'ente locale tornato *in bonis*, con il rischio di provocare ulteriore squilibrio di gestione. Occorre comunque al riguardo considerare che l'ente locale dissestato, avendo ridotte le spese, elevato le entrate proprie al massimo di legge e disposta l'eventuale disponibilità del personale eccedente dovrebbe avere nel frattempo realizzato avanzi di gestione con i quali far fronte a tali oneri.

RELAZIONI A CONVEGNI

Pare opportuno dare qualche notizia in più sulla disciplina di legge. Cominciamo con la definizione di dissesto finanziario.

L'art. 244 del T.U.E.L. stabilisce che “Si ha stato di dissesto finanziario se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con le modalità di cui all'articolo 193, nonché con le modalità di cui all'articolo 194 per le fattispecie ivi previste”.

La prima parte della norma dà una definizione d'insolvenza diversa da quella prevista dall'art. 5 l.fall., che corrisponde all'impossibilità di garantire le funzioni ed i servizi indispensabili, presumibilmente (ma la disposizione non lo dice), in ragione della situazione d'impotenza finanziaria. La seconda parte della definizione, invece, ricade nei limiti tradizionali. Il rinvio agli artt. 193 e 194 T.U.E.L. si spiega con il fatto che le due norme prevedono l'obbligo dell'ente di provvedere annualmente alla verifica dell'equilibrio generale di bilancio e, in caso negativo, di adottare i provvedimenti necessari per il ripiano dei debiti fuori bilancio e del disavanzo di amministrazione risultante dal rendiconto approvato o dello squilibrio della gestione di competenza.

Va sottolineato che la dichiarazione di dissesto finanziario è di competenza del consiglio dell'ente locale e che, in difetto, essa è adottata da un commissario ad acta nominato dall'organo regionale di controllo.

La procedura ordinaria, regolata dagli articoli 252, 253, 254, 255, 256 e 257 del T.U.E.L., prevede che l'organo della liquidazione dopo aver provveduto alla rilevazione dei debiti pregressi su richiesta dei creditori predisponga un piano di rilevazione che a seguito del deposito presso il Ministero dell'Interno permette di acquisire alla massa attiva della liquidazione il mutuo finanziato dallo Stato. A seguito di tale adempimento l'organo della liquidazione provvede all'erogazione di acconti in misura proporzionale uguale per tutte le passività inserite nel piano di rilevazione.

Nel determinare l'entità dell'acconto l'organo della liquidazione deve provvedere ad accantonamenti per le pretese creditorie in contestazione esattamente quantificate. Successivamente, all'erogazione del primo acconto, possono essere disposti ulteriori acconti. A seguito del definitivo accertamento della massa passiva e dei mezzi finanziari disponibili l'organo predispone il piano di estinzione delle passività includendo le passività accertate successivamente all'esecutività del piano di rilevazione dei debiti. Successivamente all'approvazione da parte del Ministro dell'interno di detto documento giuridico-contabile si provvede alla liquidazione ed al pagamento delle residue passività, sino alla concorrenza della massa attiva realizzata. Il Comune può

RELAZIONI A CONVEGNI

contrarre un ulteriore mutuo con la Cassa Depositi e Prestiti in misura non superiore al 40% dell'ammontare massimo del primo mutuo, quando esso sia sufficiente all'estinzione delle passività.

Accanto alla procedura ordinaria l'art. 258 T.U.E.L. prevede la procedura semplificata, che per certi versi è analoga al concordato, in quanto dà la possibilità all'organo straordinario di liquidazione di definire transattivamente le pretese creditorie offrendo in pagamento una somma variabile tra il 40 ed il 60 per cento dell'intero debito. L'organo straordinario della liquidazione, valutato l'importo complessivo di tutti i debiti censiti può proporre all'ente locale dissestato l'adozione della modalità semplificata di liquidazione il quale, nel caso di accettazione, è tenuto a mettere a disposizione della liquidazione le risorse necessarie a garantire il pagamento delle transazioni nella percentuale consentita dalla norma. A tal fine può essere utilizzato anche il mutuo a carico dello Stato con la Cassa Depositi e Prestiti.

A tal fine, propone, individualmente ai creditori compresi quelli che vantano crediti privilegiati, fatta eccezione per i debiti relativi alle retribuzioni per prestazioni di lavoro subordinato, che sono liquidate per intero, la transazione da accettare nella misura di un importo entro il 40 ed il 60% del credito, entro un termine prefissato. Ricevuta l'accettazione, provvede al pagamento nei trenta giorni successivi, decorrenti dalla conoscenza dell'accettazione, accantonando l'importo del 50 per cento dei debiti per i quali non sia stata accettata la transazione. Tale accantonamento è elevato al 100 per cento per i debiti assistiti da privilegio.

Tuttavia la procedura di dissesto finanziario rappresenta il provvedimento più grave che può essere adottato in caso di difficoltà dell'ente, perché l'art. 242 T.U.E.L. prevede che debbano essere considerati "in condizioni strutturalmente deficitarie gli enti locali che presentano gravi ed incontrovertibili condizioni di squilibrio, rilevabili da un apposita tabella, da allegare al rendiconto della gestione, contenente parametri obiettivi dei quali almeno la metà presentino valori deficitari. Il rendiconto della gestione è quello relativo al penultimo esercizio precedente quello di riferimento." La tabella di riferimento è predisposta con decreto del Ministro dell'Interno di concerto con il Ministro dell'economia. All'accertamento della condizione di ente strutturalmente deficitario segue il controllo sulle dotazioni organiche e sulle assunzioni personali da parte di apposita Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali. Inoltre la Commissione deve verificare che il costo di alcuni servizi, tra cui la raccolta rifiuti, sia coperto prevalentemente (sono previste varie percentuali) dal gettito della relativa tariffa. E' anche previsto che per le province ed i comuni in condizioni strutturalmente deficitarie che, non rispettano i livelli minimi di copertura dei costi di gestione, sia applicata una sanzione pari all'1 per cento delle entrate correnti risultanti dal certificato

RELAZIONI A CONVEGNI

di bilancio di cui all'articolo 161 del penultimo esercizio finanziario nei confronti di quello in cui viene rilevato il mancato rispetto dei predetti limiti minimi di copertura.

E' inoltre prevista una procedura di risanamento finanziario pluriennale per i comuni e le province per i quali, anche in considerazione delle pronunce delle competenti sezioni regionali della Corte dei conti sui bilanci degli enti, sussistano squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario, nel caso in cui le misure di cui agli articoli 193 e 194 non siano sufficienti a superare le condizioni di squilibrio rilevate. La procedura è deliberata dal consiglio dell'ente interessato. Le procedure esecutive intraprese nei confronti dell'ente sono sospese dalla data di deliberazione di ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale fino alla data di approvazione o di diniego di approvazione del piano di riequilibrio pluriennale di cui all'articolo 243-quater, commi 1 e 3. Il consiglio deve anche deliberare un piano di riequilibrio finanziario pluriennale della durata massima di dieci anni, previa ricognizione dei debiti fuori bilancio. Il piano deve prevedere:

a) le eventuali misure correttive adottate dall'ente locale in considerazione dei comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria e del mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno accertati dalla competente sezione regionale della Corte dei conti;

b) la puntuale ricognizione, con relativa quantificazione, dei fattori di squilibrio rilevati, dell'eventuale disavanzo di amministrazione risultante dall'ultimo rendiconto approvato e di eventuali debiti fuori bilancio;

c) l'individuazione, con relative quantificazione e previsione dell'anno di effettivo realizzo, di tutte le misure necessarie per ripristinare l'equilibrio strutturale del bilancio, per l'integrale ripiano del disavanzo di amministrazione accertato e per il finanziamento dei debiti fuori bilancio entro il periodo massimo di dieci anni, a partire da quello in corso alla data di accettazione del piano;

d) l'indicazione, per ciascuno degli anni del piano di riequilibrio, della percentuale di ripiano del disavanzo di amministrazione da assicurare e degli importi previsti o da prevedere nei bilanci annuali e pluriennali per il finanziamento dei debiti fuori bilancio.

Lo Stato delibera per questi enti un'anticipazione su apposito fondo di rotazione. Il piano di riequilibrio è sottoposto all'esame di un'apposita Commissione ed all'approvazione della sezione regionale della Corte dei Conti. La mancata presentazione del piano, il mancato reiterato rispetto degli obiettivi intermedi previsti dal piano ed il mancato raggiungimento dell'equilibrio finanziario dell'ente al termine del periodo previsto dal piano comportano l'assegnazione di un termine non superiore a venti giorni al Consiglio dell'ente da parte del prefetto per la deliberazione del dissesto.

Va poi sottolineato, tornando alla dichiarazione di dissesto, che entro tre mesi dall'emanazione del decreto di nomina dell'organo straordinario di liquidazione, il

RELAZIONI A CONVEGNI

consiglio dell'ente locale deve formulare un'ipotesi di bilancio di previsione stabilmente riequilibrato. Tale ipotesi di bilancio deve essere approvata, su parere della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali, dal Ministro dell'Interno. In difetto di redazione del bilancio o nel caso di mancata approvazione anche della seconda ipotesi di bilancio che l'ente deve predisporre tenendo conto dei rilievi dell'autorità di controllo, si procede al commissariamento.

Il bilancio di previsione stabilmente riequilibrato deve fondarsi sull'attivazione delle entrate proprie e la riduzione delle spese correnti, anche mediante la revisione della dotazione organica di personale. Il personale eccedente è posto in disponibilità. La Cassa depositi e prestiti e gli altri istituti di credito sono autorizzati a consolidare l'esposizione debitoria dell'ente al 31 dicembre precedente in un ulteriore mutuo decennale, con esclusione delle rate di ammortamento già scadute.

In sostanza, pare di capire, la riconduzione ad una gestione in pareggio dell'ente locale comporta tagli alle spese ed attivazione delle entrate tramite aumento delle aliquote sulle imposte e dismissione di beni, ma non è previsto che i crediti nei confronti dell'ente non siano soddisfatti. Va però sottolineato che l'art. 256, comma 12, del T.U.E.L. prevede che "Nel caso in cui l'insufficienza della massa attiva, non diversamente rimediabile, è tale da compromettere il risanamento dell'ente, il Ministro dell'interno, su proposta della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali, può stabilire misure straordinarie per il pagamento integrale della massa passiva della liquidazione, anche in deroga alle norme vigenti, comunque senza oneri a carico dello Stato". Non è ben chiaro che significato possa avere la previsione della deroga alle norme vigenti, ma è in ogni caso chiaro che non si prevede ciò che l'esperienza insegna essere ovvio nel caso di un soggetto insolvente, vale a dire che una parte dei crediti non potranno essere soddisfatti.

4. Torniamo ora alla vicenda di Detroit.

I tagli previsti da Orr, l'*emergency financial manager* nominato dal Governatore del Michigan, hanno portato ad una violentissima reazione legale da parte, tra gli altri, dei sindacati, dei Fondi pensione di Detroit e dell'*American Federation of State, County and Municipal Employees*, vale a dire da parte dei pensionati e dei dipendenti municipali, oltre che dei titolari di *bonds*.

Il 18 luglio 2013 Orr, dopo che il tentativo di raggiungere un accordo con i sindacati, i fondi pensione e gli obbligazionisti era fallito, ha richiesto alla *Eastern District Michigan Bankruptcy Court* l'apertura della procedura di *Chapter 9*, riservato all'insolvenza delle *Municipalities*. I casi d'insolvenza delle città negli Stati Uniti sono

RELAZIONI A CONVEGNI

stati pochi sino ad oggi, non più di sessanta dal 1950. Si tratta in ogni caso, secondo i dati offerti dalla stessa città, della più grande procedura di questo tipo di cui sia stata mai domandata l'apertura. Il debito a lungo termine di Detroit dovrebbe ammontare a 14 miliardi di dollari e potrebbe raggiungere anche i 18 o i 20 miliardi, molto di più dei 4 miliardi di Jefferson County in Alabama, che sino ad oggi è stato il caso di maggior rilevanza.

Il Governatore Snyder ha approvato la decisione di presentare la domanda. Tra le cause dell'insolvenza, menzionate nel ricorso, risultano la diminuzione delle entrate derivanti dalle tasse in ragione della diminuzione della popolazione, il mancato pagamento delle tasse sulla proprietà da parte del 47% dei proprietari, il costo della sanità e delle pensioni, i prestiti per la copertura del deficit, l'antiquato sistema informatico, la corruzione.

La presentazione del ricorso portò, come detto, a vivaci reazioni dei sindacati, dei fondi pensione e dei dipendenti della città. La General Motors, la più grande azienda di Detroit, commentò osservando di “sentirsi orgogliosa di poter considerare Detroit come la propria casa ...che questo era un giorno che sia la società che altri speravano di non vedere mai e di credere comunque che segnasse un nuovo punto di partenza per la città”.

Il 19 luglio il giudice Rosemarie Aquilina della *Ingham County Circuit Court* (un giudice dello stato del Michigan) statui che la presentazione della domanda di *Chapter 9* da parte della città di Detroit violava l'art. IX, sez. 24 della Costituzione del Michigan pregiudicando il pagamento delle pensioni e ordinò al Governatore Snyder di ritirare la domanda. La norma stabilisce che né lo Stato né una sua articolazione politica è autorizzato a far venir meno i benefici finanziari accumulati sui piani pensione o sui sistemi di pensionamento. Al contrario il diritto federale prevede che i giudici fallimentari possano incidere sulle pensioni dovute dalle municipalità in stato d'insolvenza. A questo proposito va precisato che il contrasto tra le disposizioni statali che considerano i piani pensione “intoccabili” ed il diritto fallimentare federale non è mai stato chiarito sino in fondo nei casi di *Chapter 9* che si sono aperti sino ad oggi. Va aggiunto che la revisione dei trattamenti di questo tipo nei casi di *Chapter 11* è frequente.

Il 22 luglio il giudice Aquilina differisce al 29 l'udienza fissata per decidere sull'ordine a Snyder di ritirare la domanda di *Chapter 9*. Il rinvio non è casuale. Il giudice Rhodes, della *Bankruptcy Court*, dopo aver detto che spetta alla sua Corte e non al giudice statale decidere sulla controversia in ordine alla legittimità della presentazione della domanda di *Chapter 9*, ha fissato udienza al 24 luglio per decidere sulla richiesta della città di Detroit di *stay* nei confronti della domanda avanzata davanti

RELAZIONI A CONVEGNI

al giudice statale. Va precisato a questo proposito che il potere del giudice americano di ordinare la sospensione delle azioni nei confronti del soggetto debitore è molto più ampio di quello del giudice italiano e comprende tutte le azioni giudiziarie che in qualche modo possono pregiudicare lo svolgimento del procedimento concorsuale. In ogni caso il 23 luglio un collegio di tre giudici della Corte d'appello del Michigan (giudice statale) dispone la sospensione del procedimento davanti al giudice Aquilina, a seguito di appello dello Stato del Michigan.

Il 24 luglio il giudice Rhodes della *Bankruptcy Court* concede il *federal stay* ed afferma che Orr è validamente autorizzato ad agire per conto della città di Detroit. Dispone inoltre la prosecuzione del giudizio il 2 agosto per decidere sulla sussistenza delle condizioni per l'ammissione della città alla procedura di *Chapter 9*. Sospende in ragione dello *stay* concesso tre azioni proposte da dipendenti della città, pensionati e fondi pensione davanti ai giudici statali. Chiarisce che la sede in cui far valere ogni ragione è la *Bankruptcy Court*, giudice federale. Precisa anche che al momento egli non deve decidere sulla sussistenza di un diritto costituzionale alla conservazione dei diritti acquisiti in materia di pensioni.

Il 27 luglio l'*Attorney General* del Michigan dichiara che intende presentare una *declaration* alla *Bankruptcy Court* per difendere la tutela costituzionale dei diritti pensionistici. La dichiarazione ha qualche rilievo perché dall'*Attorney General* dipendono anche i legali che assistono il Governatore del Michigan e altre Agenzie dello Stato nel procedimento davanti alla Corte Federale. L'*Attorney General* chiarisce che diversi gruppi di avvocati facenti parte dell'Ufficio seguiranno le varie posizioni.

Il 2 agosto il giudice Rhodes stabilisce un calendario, fissando un termine al 19 per la presentazione delle eccezioni all'ammissibilità della domanda di *Chapter 9* da parte dei contro interessati e il 24 ottobre come udienza in cui provvedere su tali eccezioni. Contemporaneamente la Corte fissa la data del 1 marzo 2014 come termine per la città di Detroit per la presentazione del piano di ristrutturazione del debito. Ancora la Corte ordina la nomina di un *fee examiner* per verificare gli onorari degli avvocati della città di Detroit (risulterà poi che l'*examiner* fattura egli stesso 600 dollari all'ora). La Corte dispone l'avvio di una procedura di mediazione concedendo un termine per la presentazione di proposte in ordine alla persona del mediatore, indicando peraltro il *chief justice* Rosen della *Eastern District Court of Michigan*, da cui la *Bankruptcy Court* dipende. Ordina infine al *National Trustee* di nominare un *Official Committee* rappresentativo dei creditori pensionati.

Il 13 agosto il giudice Rhodes conferma la nomina come mediatore del giudice Rosen. La procedura sarà confidenziale, salvo per quanto possa riguardare gli eventuali

RELAZIONI A CONVEGNI

accordi raggiunti. Rosen, come Rhodes l'ha autorizzato a fare, nomina ulteriori mediatori per specifiche attività: il *District Judge* Victoria Roberts, il *District judge* Elizabeth Perris che è stata mediatrice nelle procedure di *Chapter 9* di Vallejo, Stockton e Mammoth Lakes, California, il *District judge* Wiley Daniel, l'ex *Bankruptcy Judge* ed ex *District judge* David Coar, che già ha svolto attività di mediatore in grandi casi di *Chapter 11*, Eugene Driker, considerato un eccellente mediatore in Michigan.

Va sottolineato che, secondo i commenti raccolti dalla stampa all'ultimo convegno annuale della NCBJ, l'Associazione dei giudici fallimentari americani, molti sono scettici sulla possibilità di una mediazione in un caso di questo genere, prevedendo invece che esso finirà davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti.

Per il 19 agosto le opposizioni all'ammissibilità della domanda della città di Detroit sono 109. Tra queste non vi sono soltanto i fondi pensione e le grandi associazioni, ma anche privati cittadini. In alcuni casi le opposizioni sono lettere scritte a mano. L'*Attorney General* precisa che non contesta la legittimazione di Detroit a presentare la domanda, ma nega che si possano toccare i diritti pensionistici acquisiti.

Una delle questioni più complesse è verificare se Detroit abbia negoziato in buona fede con i suoi creditori prima di presentare la domanda di *Chapter 9*, come previsto dalla sezione 109 c) del *Bankruptcy Code*, che ammette che si possa prescindere da tale requisito soltanto quando la continuazione delle negoziazioni sia impraticabile. Un commentatore ha osservato che la nozione di buona fede non è affatto chiara e che è usata nella legge in cinque sensi diversi. Sta di fatto che il giudice Rhodes ha concesso alle parti un ulteriore termine sino a metà novembre per presentare pareri in ordine alla nozione di buona fede.

Il 13 dicembre il giudice Rhodes, con un'articolata decisione di oltre 200 pagine, ha concluso che sussistevano tutti i requisiti per l'ammissione della città di Detroit alla procedura di *Chapter 9*. In particolare ha osservato che la città non poteva ulteriormente incrementare le sue entrate né ridurre le spese senza incidere sulla sicurezza e sulla salute dei cittadini. Ha aggiunto che anche i pensionati avrebbero potuto subire tagli, respingendo quindi le eccezioni che erano state sollevate in proposito, anche sotto il profilo costituzionale per contrasto con la protezione delle pensioni, noi diremmo dei diritti quesiti, prevista dalla Costituzione dello Stato del Michigan. Il giudice ha riconosciuto che la città era insolvente ed i suoi amministratori avevano predisposto un piano per ristrutturare il debito intendendo negoziare con i creditori. Rhodes ha detto però che la città non aveva operato in buona fede il 14 giugno quando aveva incontrato i sindacati e gli altri stakeholders, un mese prima di presentare la domanda di *Chapter 9*, proponendo un piano vago e che riconosceva una percentuale modestissima ai creditori,

RELAZIONI A CONVEGNI

ma ha aggiunto che la complessità della situazione debitoria ed il numero dei creditori rendeva improbabile il raggiungimento di un accordo in sede di mediazione ed il ricorso al Chapter 9 inevitabile e che si sarebbe dovuto procedere in questo senso già da tempo.

Dopo la decisione di ammissione della città alla procedura il giudice Rhodes è intervenuto ancora con ulteriori decisioni, bocciando già per due volte gli accordi intervenuti tra la città e le principali banche, accordi che sono stati definiti “irresponsabili”. Il giudice ha affermato che non avrebbe permesso alla città di proseguire nella condotta finanziariamente irresponsabile che aveva portato al dissesto. Entrambi le soluzioni proposte sono state ritenute troppo generose per le banche a fronte dei crediti dei pensionati e degli altri lavoratori. La decisione è stata definita dai giornali come un colpo stupefacente per le grandi banche come UBS, Merrill Lynch, Bank of America ed un punto a favore per gli abitanti della città, i pensionati e gli altri creditori che chiedono che vengano riservati maggiori fondi per il funzionamento dei servizi della città e per venire incontro ai pensionati ed agli altri creditori non finanziari.

La vicenda prosegue dimostrando l’assoluta centralità del ruolo del giudice americano anche nel procedimento relativo al dissesto di un Comune.

LE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA SONO SOGGETTE ALLE PROCEDURE CONCORSUALI IN CASO DI INSOLVENZA?

L'Autore affronta la problematica relativa all'assoggettamento delle società in mano pubblica alle procedure concorsuali in caso di insolvenza.

di **DAVIDE DI RUSSO**

Il concetto di società in mano pubblica rimanda, in prima battuta, alla figura di un ente societario (dunque, rivestito di forma privata) a partecipazione pubblica; definizione approssimativa, considerato che le fonti comunitarie², identificano le “*Società non finanziarie pubbliche*” con le “*società non finanziarie soggette al controllo di amministrazioni pubbliche*”³, così da ricomprendere, oltre a quelle a partecipazione

² Cfr. Regolamento n. 2223/1996/CE, avente a oggetto l'intero sistema economico europeo (c.d. SEC, “Sistema europeo dei conti nazionali e regionali”).

³ Il regolamento specifica altresì (cfr. paragrafo 2.26) che “*Per «controllo di una società» si intende la capacità di determinarne la politica generale, se necessario scegliendone gli amministratori. Una unità istituzionale — un'altra società, una famiglia o una unità delle amministrazioni pubbliche — esercita il controllo su una società quando detiene la proprietà di più della metà delle azioni con diritto di voto o controlla in altro modo più della metà dei voti degli azionisti. Inoltre, una amministrazione pubblica può esercitare il controllo su una società in forza di leggi o regolamenti che le danno il diritto di determinare la politica della società o di nominarne gli amministratori*”. Si veda anche l'art. 3, comma 28 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), il quale le “*imprese pubbliche*” sono quelle su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; b) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

RELAZIONI A CONVEGNI

totalitaria, maggioritaria o minoritaria di un ente pubblico, anche quelle società che, pur non partecipate da uno o più enti pubblici, ne subiscono l'influenza⁴.

Per contro, risulterebbe vano il tentativo di ricavare dalla legislazione nazionale una definizione unitaria, considerata la magmatica normazione di settore, fatta di disposizioni disorganiche e spesso incoerenti, così da designare quale destinatario⁵ talora le “*società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001*”⁶; altre volte le “*società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta*”⁷; altre volte ancora “*le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196 nonché alle società possedute direttamente o indirettamente in misura totalitaria [...] dalle amministrazioni pubbliche*”⁸; o le “*società a totale partecipazione dicomuni e province*” e quelle da queste controllate *ex art. 2359 c.c.*⁹, nonché le “*società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici o privati*”¹⁰ -.

⁴ La definizione è rinvenibile in IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in Riv. soc., 2005, 1 e segg.

⁵ L'elencazione che segue nel testo non ha alcuna pretesa di completezza.

⁶ Così l'art. 4, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2012, n. 95, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 135 e rubricato “*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*”; la Corte costituzionale, con sentenza 23 luglio 2013, n. 229, ha chiarito che la norma fa riferimento esclusivo a società controllate che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni, che sono “*strumentali*” all'attività delle medesime.

⁷ Art. 6, comma 4, decreto legge 4 luglio 2012, n. 95, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 135 (rubricato “*Rafforzamento della funzione statistica e del monitoraggio dei conti pubblici*”).

⁸ Art. 6, commi 6 e 11, e art. 9, comma 29, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010, n. 122.

⁹ Art. 1, comma 725, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

¹⁰ Art. 1, commi 728 e 729, della legge 27 dicembre 2006, n. 296; cfr. anche il comma 734, che fa riferimento a “*società a totale o parziale capitale pubblico*”. Si veda anche l'art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133 (come modificato e integrato dal decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148) che, sotto la comune rubrica “*Reclutamento del personale delle società pubbliche*”, regola la materia per “*le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica*” (al primo comma), per “*le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo*” (al secondo comma), per le “*società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale*”

RELAZIONI A CONVEGNI

Certo è che, negli ultimi anni, si è assistito alla sempre più diffusa costituzione di società partecipate, in misura totalitaria, maggioritaria e anche minoritaria, da enti pubblici, affidatarie di attività di interesse della comunità di riferimento, in particolare, nel settore dei servizi pubblici locali, interessato da un deciso stimolo legislativo all'adozione del modello organizzativo societario per la realizzazione delle finalità di esternalizzazione di alcuni segmenti dell'attività della pubblica amministrazione (si pensi, per tutti, al settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, nel cui ambito la società di capitali costituisce l'unica forma organizzativa di gestione esternalizzata consentita¹¹).

di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311" (al terzo comma). Cfr. ancora, da ultimo, il decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, che accomuna (all'art. 2), quali soggetti il cui conferimento di incarichi rientra nell'ambito di applicazione della relativa normativa le "pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi compresi gli enti pubblici, nonché negli enti di diritto privato in controllo pubblico", definendo questi ultimi (all'art. 1, comma 1, lett. c) come "le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

¹¹ In forza dell'art. 35, comma 8, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, ove si stabilisce l'obbligo di gestire i servizi pubblici a rilevanza economica di cui all'art. 113, comma 1, Tuel, nella forma di società di capitali, obbligando le aziende speciali aventi in carico la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica (come sino ad allora consentito dall'art. 115, Tuel) a trasformarsi, appunto, in società di capitali. Cfr. RIZZO, *Servizi pubblici locali e affidamento in house*, Roma, 2009, 10: "si è ritenuto che obiettivo del legislatore fosse conferire uniformità alla disciplina dei servizi a rilevanza economica, tramite l'utilizzo del modulo societario della s.p.a. (comma 8 dell'art. 35 e art. 115 TUEL), spazzando il campo da ogni possibile equivoco interpretativo"; nonché, GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 681: "l'esame della nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, nella versione risultante dagli artt. 112-120 TUEL, come modificata dagli artt. 35, L. 448/2001 e 14 D.L. n. 269/2003, ingenera la sensazione che il disegno legislativo di liberalizzazione del settore si sia realizzato attraverso una complessa "promozione" della formula organizzativa societaria e, in particolare, che dei tipi societari capitalistici [...] siano assurti a modello organizzativo di elezione delle singole fasi in cui è segmentato, almeno tendenzialmente, l'esercizio del servizio pubblico". L'esclusività del modulo della società di capitali per la gestione di servizi pubblici locali non è stato intaccato neppure a seguito dell'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 (nel testo risultante dalla conversione in legge 6 agosto 2008, n. 133) e successive modificazioni (norma innovante la disciplina dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica), né dall'esito positivo della consultazione referendaria del 12-13 giugno 2011, che ha determinato l'abrogazione di tale ultima disposizione; né dall'art. 4, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, chiamato a colmare la carenza (proprio a seguito del

RELAZIONI A CONVEGNI

Dunque, alle società in mano pubblica che producono beni e servizi operanti in regime di mercato, si sono affiancate altre che – sotto spoglie privatistiche – perseguono interessi generali, mediante svolgimento di funzioni di natura pubblicistica (così da rientrare nel concetto di “*organismo di diritto pubblico*” di derivazione comunitaria¹²).

L’amplificazione di tale fenomeno, e l’analisi della sua concreta operatività, ha indotto a dubitare che l’utilizzo di forme di diritto privato sia del tutto compatibile con il perseguimento di uno specifico interesse pubblico, considerato che le società di capitali sono caratterizzate dallo scopo di lucro e, quindi, della finalizzazione dell’attività di impresa al perseguimento di un utile: di modo che, la declinazione di obiettivi di interesse pubblico mediante l’utilizzo di istituti che, per caratteristiche e natura, hanno derivazione privatistica, non sempre ha prodotto in concreto i risultati attesi.

Del resto, già la Relazione al codice civile del 1942, a proposito della società a partecipazione pubblica, chiarisce che “è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme nuove e possibilità realizzatrici”: l’accesso allo strumento societario da parte della pubblica amministrazione, dunque, dovrebbe sempre essere improntato a una migliore realizzazione degli obiettivi di interesse generale, posto che, in tanto si giustifica l’inquadramento dei pubblici poteri entro una cornice privatistica, in quanto tale contesto sia funzionale alla efficace ed efficiente realizzazione degli interessi della comunità.

Anche per tale motivo, in materia di società in mano pubblica, si è più di recente registrato un sforzo legislativo inverso, finalizzato a circoscrivere il perimetro dello strumento societario, al fine di tutelare la libera concorrenza, ridurre la spesa pubblica e scongiurare il ricorso alla forma societaria quale mezzo per eludere norme pubblicistiche di finanza pubblica o attività contrattuale¹³.

Si è così venuta stratificando – sovrapponendosi al regime generale dettato dal codice civile per le società di capitali - un’area normativa propria delle società

referendum) di una disciplina di settore di fonte statale; né, infine, dalla rimozione di tale ultima disposizione per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 che ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale.

¹² Sul quale *ultra*, nel testo.

¹³ Come rilevato dalla giurisprudenza contabile, lo “strumento societario è per legge correlato ai fini dell’ente pubblico ed è inerente allo svolgimento di attività di competenza dell’ente medesimo”, e deve essere utilizzato per “effettive necessità istituzionali degli enti territoriali” e non come “veicolo per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica ed in materia di patto di stabilità interno, nonché strumento abusivo per evitare le procedure ad evidenza pubblica che presiedono all’attività contrattuale delle amministrazioni locali” (cfr. Corte dei conti, sez. contr. reg. Lombardia, 8 luglio 2008 n. 48, in *Giurisprud. amm.*, 2008, III, 679).

RELAZIONI A CONVEGNI

partecipate da enti pubblici (o quantomeno soggette al controllo di questi), riconducibile – pur in quadro giuridico nel complesso disorganico – alle seguenti categorie¹⁴:

- norme dirette a limitare la partecipazione societaria di soggetti pubblici e norme che limitano la libertà d’iniziativa e la capacità negoziale delle società pubbliche¹⁵;

- norme dirette a limitare la possibilità per soggetti pubblici di fornire capitale di rischio o di credito alle società partecipate¹⁶;

- norme che stabiliscono le condizioni, criteri e modalità di reclutamento del personale e conferimento degli incarichi nelle società pubbliche¹⁷;

- norme dirette a costituire la disciplina degli amministratori di società pubbliche, introducendo vincoli circa la numerosità¹⁸ e il compenso¹⁹ dei componenti degli organi di gestione, oltre che particolari cause di incompatibilità o di inconferibilità dell’incarico²⁰;

- norme dirette ad assoggettare al patto di stabilità le società pubbliche²¹

- norme in materia di pubblicità e trasparenza delle società pubbliche²²;

- norme in materia di contratti pubblici²³.

Si tratta, come detto, di una congerie di disposizioni - ora dirette a gruppi di società identificate per l’oggetto sociale (ad esempio, quelle che gestiscono servizi pubblici locali o quelle strumentali alle amministrazioni socie) ora ad altre categorie

¹⁴ Per analogia classificazione, cfr. ancora IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in IBBA-Malaguti-MANZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., 5 e ss.

¹⁵ Cfr., ad esempio, art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con la legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. “Decreto Bersani”); art. 3, comma 27 della legge 24 dicembre 2007, n. 244; art. 14, comma 32 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010, n. 122; art. 4 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con la legge 7 agosto 2012, n. 135.

¹⁶ Cfr., ad esempio, art. 6, comma 19 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 cit.

¹⁷ Cfr., ad esempio, art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133; art. 3-bis, comma 6 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148.

¹⁸ Cfr. ad esempio, art. 1, comma 729 della legge 27 dicembre 2006, n. 296; art. 6, comma 5 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, cit.; art. 4, commi 4 e 5 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, cit..

¹⁹ Cfr. ad esempio, art. 1, commi 718, 725, 726, 727, 728 della legge 27 dicembre 2006, n. 296; art. 6, comma 6 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, cit..

²⁰ Cfr., da ultimo, decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39.

²¹ Cfr., art. 18, comma 2-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, cit.; art. 3-bis, comma 5 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, cit.

²² Cfr., da ultimo, decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

²³ Cfr., art. 3-bis, comma 6 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 cit.

RELAZIONI A CONVEGNI

individuata dalla misura del capitale pubblico (ad esempio, le società a partecipazione pubblica totalitaria o prevalente, o a partecipazione totalitaria di enti locali o mista con altri enti pubblici o privati) - che, pur in assenza di un testo unico di riferimento (da più parti invocato e quanto mai opportuno) hanno accentuato i profili di specialità delle società in mano pubblica.

Ciò ha indotto a interrogarsi circa l'effettiva natura di tali organismi (privati, in ragione della forma societaria; ovvero pubblici, in considerazione della pubblicità del capitale, delle finalità e non di rado dei finanziamenti) e, parallelamente, in merito alla disciplina applicabile.

Si è così assistito, sul terreno teorico-ricostruttivo, al superamento del dato giuridico-formale della conformazione civilistico-societaria e alla valorizzazione della natura sostanzialmente pubblica dell'assetto di interessi e delle logiche gestionali delle partecipate pubbliche (quantomeno) totalitarie²⁴, con tendenziale assimilazione delle società pubbliche agli apparati amministrativi che le partecipano (nella scia della richiamata legislazione speciale).

In tale cornice, si innesta il dibattito giurisprudenziale circa la sottoposizione delle società pubbliche alle procedure concorsuali, alimentato da una fenomenologia gestoria delle partecipate non di rado distinta dalla non scrupolosa applicazione del principio di economicità e dal prevalere di logiche non di mercato (con incremento esponenziale dei costi di gestione, in particolare di quelli del personale); con conseguente lievitazione sia delle tariffe a carico della collettività che degli oneri a carico degli enti pubblici, fino al non infrequente dissesto della società (con connessi problemi finanziari pubblici, occupazionali e di funzionalità dei servizi affidati)²⁵.

Secondo l'orientamento tradizionale²⁶, la società in mano pubblica resta una società di capitali ai sensi degli artt. 2325 e ss., c.c., e in quanto tale deve seguire le disposizioni previste dalla disciplina privatistica, con integrale adozione dello statuto dell'imprenditore commerciale, ivi incluso l'assoggettamento alle procedure concorsuali, senza che possa incidere la natura pubblica del capitale, del patrimonio e dello scopo sociale (salvo per l'applicazione di disposizioni di legge speciale).

²⁴ In questi termini, Corte dei conti, sez. contr. reg. Calabria, 14 giugno 2012, n. 84.

²⁵ Cfr. ancora Corte dei conti, sez. contr. reg. Calabria, 14 giugno 2012, n. 84.

²⁶ Inaugurato da Cass., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fall.*, 1979, 593; più di recente sintetizzato da App. Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 69: "Il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di sottrarlo alla ordinaria disciplina codicistica; ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione dal fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato".

RELAZIONI A CONVEGNI

Tale indirizzo è venuto progressivamente a incrinarsi, sotto l'influsso dell'evoluzione normativa che ha portato all'affermazione della nozione di impresa pubblica²⁷; nozione che valorizza gli aspetti sostanziali a discapito della veste formale sotto la quale l'impresa viene esercitata²⁸.

Di qui, ha preso piede un diverso orientamento secondo il quale occorre indagare l'effettiva natura del soggetto, rilevando, in tale ottica, al di là della formale qualificazione in termini di persona giuridica privata, tanto il carattere strumentale o meno dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche, quanto l'esistenza o meno di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, sintomatica della strumentalità della società rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche²⁹.

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

Pertanto - in applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma - si afferma che, coesistendo una pluralità dei predetti elementi sintomatici (da accertarsi caso per caso), la società non può considerarsi un soggetto di diritto privato, bensì *tout-court* un ente pubblico e, per tale via, soggetto all'intero statuto degli enti

²⁷ Cfr. art. 2, Direttiva n. 80/723/CEE del 25 giugno 1980, per il quale si intende per impresa pubblica ogni impresa nei cui confronti i poteri pubblici (*id est*: Stato e altri enti territoriali) possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante.

²⁸ Si pensi anche all'art. 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica) - a mente del quale "Ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica per amministrazioni pubbliche si intendono [...] gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) [...] e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea" - per cui si considerano incluse nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione le società di capitali a partecipazione totale o di controllo degli enti locali, qualora le stesse siano affidatarie di servizi pubblici locali ovvero assolvano ad una funzione strumentale ai detti enti locali ovvero siano prevalentemente finanziati dagli stessi e, più in generale, tutte le società soggette al controllo di amministrazioni pubbliche come definito al paragrafo 2.26 del Regolamento n. 2223/1996/CE.

²⁹ Cons. Stato, 31 gennaio 2006, n. 308; Cass. pen., 30 ottobre 2012, n. 42408.

RELAZIONI A CONVEGNI

pubblici e dunque riconducibile ai soggetti esclusi ai sensi dell'art. 1, l.fall.³⁰, a mente del quale *“sono soggetti alle disposizioni sul fallimento [...] gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”*.

Si tratta di un orientamento che ha tratto conforto dal diritto comunitario e dalla nozione di *“organismo di diritto pubblico”* in tale ambito elaborata³¹, e recepita all'art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ove si specifica che per organismo di diritto pubblico deve intendersi *“qualsiasi organismo, anche in forma societaria:*

- *istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- *dotato di personalità giuridica;*
- *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di*

³⁰ Trib. S. Maria Capua Vetere [decr.], 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713: *“Ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato si deve dare prevalenza alla sostanza rispetto alla forma giuridica e, pertanto, in presenza di determinati indici sintomatici, è possibile riconoscere natura pubblica anche a società per azioni formalmente private; ne discende che, in applicazione dell'art. 1, 1° comma, l.fall., deve ritenersi non assoggettata alla normativa fallimentare la società a partecipazione pubblica avente natura formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica (nella fattispecie, gli indici della natura sostanzialmente pubblica della società sono stati ravvisati nelle limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari, nella esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, nella ingerenza nella nomina negli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo stato e nella erogazione da parte dello stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata)”*; nonché, S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 690: *“Le società a partecipazione pubblica possono essere qualificate in termini di soggetto pubblico, allorché l'aspetto gestionale e quello operativo risultino completamente avulsi dalle regole del diritto commerciale, così da rappresentare un mero tramite dell'ente pubblico che la partecipa, mentre se non ricorrono indici sintomatici della natura pubblica dell'attività svolta, è possibile configurare tali enti assoggettabili alla procedura concorsuale ai sensi dell'art. 1, 1° comma, l.fall. (nella fattispecie, il tribunale ha ritenuto che non ricorressero gli indici sintomatici e, pertanto, ha dichiarato lo stato di insolvenza ex art. 3 d.lgs. n. 270/1999 della società debitrice)”*. In tal senso, anche Trib. Patti, 6 marzo 2009, secondo cui *“E' qualificabile ente pubblico non assoggettabile alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, ai sensi dell'art. 1, legge fallimentare, la società per azioni esercente il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici, e ciò non già su base volontaristica, ma in ossequio alle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 22/97, che per di più utilizza risorse pubbliche e sia soggetta alle norme sull'evidenza pubblica”*.

³¹ Cfr. art. 1, direttive 92/50/CEE (servizi), 93/36/CEE (forniture) e 93/37/CEE (lavori).

RELAZIONI A CONVEGNI

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”³².

Dunque, una nozione del tutto svincolata da qualificazioni formali, tanto da richiedere la personalità giuridica indifferentemente di diritto pubblico o di diritto privato; esigendo, nel contempo, elementi che facciano ritenere che le decisioni dell’organismo siano sotto l’influenza dominante determinante di un soggetto pubblico (così da ritenersi assunte secondo logiche diverse da quelle dell’imprenditore privato³³); e che la persona giuridica sia istituita per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale³⁴.

All’approccio sinora esaminato, ispirato a un criterio tipologico (perché fondato sulla natura giuridica dell’ente, indagata secondo un criterio sostanziale e non formale), se ne è affiancato un altro, di tipo funzionale: l’individuazione della concreta disciplina applicabile all’ente va condotta sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune (dettata per le società di diritto privato) con le specifiche

³² I tre requisiti devono essere soddisfatti cumulativamente; cfr. Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96; 16 ottobre 2003, causa C-283/00; 15 maggio 2003, causa C-214/00.

³³ I parametri a tal fine indicati sono alternativi tra loro, in quanto ciascuno di essi è idoneo a riflettere una situazione di stretta dipendenza dell’organismo di diritto pubblico da un soggetto pubblico; cfr. Corte di giustizia CE, 1 febbraio 2001, causa C-237-99.

³⁴ Non è necessario che l’ente abbia in via esclusiva o prevalente lo scopo di soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale, ben potendo perseguire, oltre che tale scopo anche (se del caso in via prevalente) quello di soddisfare interessi con carattere commerciale o industriale (“*lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dall’importanza relativa, nell’attività dell’organismo medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale*”; cfr. Corte di giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18/2001); di modo che l’ente è da qualificarsi organismo di diritto pubblico anche se “*la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativa delle attività effettivamente svolte dall’ente*” (Corte di giustizia CE, 15 gennaio 1998, n. C-44/96). Dunque, un ente va qualificato come organismo di diritto pubblico anche se svolge attività promiscue e molteplici, ossia tanto svolte a soddisfare un interesse generale di carattere non industriale o commerciale che attività con tale carattere. Pertanto, acclarata la qualificabilità dell’ente come organismo di diritto pubblico, deve sempre ritenersi dovuto il rispetto della normativa comunitaria in materia di appalti, non solo per le attività volte a soddisfare un bisogno generale di carattere non commerciale o industriale, ma anche per le eventuali ulteriori attività propriamente commerciali o industriali, secondo il criterio “*semel organismo pubblico semper organismo pubblico*” (diffusamente accolto dalla giurisprudenza nazionale - cfr. Consiglio di Stato, 11 aprile 2000, n. 588; 2 marzo 2001, n. 1206 – anche se in parte disatteso da Cass., SS.UU., 4 maggio 2006, n. 10218).

RELAZIONI A CONVEGNI

norme di settore dettate dal legislatore³⁵; di modo che alla società in mano pubblica si applicheranno, con metodo “a scacchi”, le disposizioni di diritto privato a meno che non vi sia ragione di derogarvi, in considerazione degli interessi protetti.

Così argomentando, l'esclusione dalle procedure concorsuali di una società in mano pubblica non dipende dalla possibilità di equipararla a un ente pubblico (in forza della concreta ricorrenza degli indici sostanziali sopra richiamati): ciò che occorre verificare è se, rispetto alla società in concreto considerata, sussistono interessi analoghi a quelli a protezione dei quali l'art. 1, l.fall. nega la fallibilità degli enti pubblici³⁶.

L'art. 1, l.fall., esclude gli enti pubblici dal perimetro dei soggetti fallibili in ragione della incompatibilità tra procedura concorsuale (governata unicamente da valutazioni di convenienza del ceto creditorio) e gli interessi e i bisogni pubblici che l'ente pubblico è chiamato a tutelare senza soluzione di continuità, che invece verrebbero pregiudicati proprio dalla paralisi dell'ordinaria attività dell'ente che deriverebbe dal fallimento; incompatibilità che è ancor più intensa rispetto agli enti locali, per i quali è in radice inammissibile la sostituzione degli organi della procedura concorsuale a quelli politici di gestione (ciò che comporterebbe un altrettanto inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi eletti)³⁷.

Dunque, facendo applicazione del metodo funzionale, la società in mano pubblica viene esclusa dalla procedura concorsuale – nonostante la forma privata – ogniqualvolta svolga un'attività necessaria all'ente pubblico che la partecipa rispetto alle finalità pubbliche del medesimo; diversamente, la società pubblica è assoggettabile al fallimento, non essendo ipotizzabile alcuna lesione agli interessi pubblici che l'art. 1, l.fall., intende tutelare³⁸.

³⁵ In questi termini, App. Torino [decr.], 15 febbraio 2010, *cit.*

³⁶ Cfr. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fall.*, 2009, 715.

³⁷ App. Torino [decr.], 15 febbraio 2010, *cit.*, in motivazione.

³⁸ In tal senso, D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, *cit.*, il quale acutamente evidenzia che ancorando l'esenzione al solo dato tipologico della qualificazione giuridica dell'ente si esclude l'assoggettamento a procedura concorsuale a tutte le società che manifestino gli indici che, secondo la giurisprudenza che applica tale metodo, consentono di riconoscere natura sostanzialmente pubblica a soggetti formalmente privati; di modo che “*in presenza di questi indici, la società, formalmente privata ma sostanzialmente pubblica, dovrebbe essere esentata dal fallimento, indipendentemente dal tipo di attività svolta e dalla sua strumentalità rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico*” fino all'estrema conseguenza per cui “*una società che opera in un mercato privato ed in concorrenza con altre società private non potrebbe comunque essere soggetta al fallimento, laddove la maggioranza del suo capitale sociale fosse di titolarità di enti pubblici e fossero previste limitazioni statutarie all'autonomia funzionale degli amministratori*”; *Id.*, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fall.*, 2010, 691, ove, in applicazione del metodo “funzionale” si fa coincidere l'ambito di esenzione dell'art. 1, l.f., con quello delle società

RELAZIONI A CONVEGNI

Non tutte le società partecipate da enti pubblici (ancorché totalitariamente) e che svolgono servizi in favore degli enti soci sono esenti, in questa prospettiva, dalle procedure concorsuali, ma solo quelle che svolgono, in concreto e nell'attualità, un servizio pubblico avente carattere esclusivo, perché "attualmente" esercitato nell'ambito territoriale dell'ente pubblico di riferimento in totale assenza di concorrenza, oltre che essenziale e necessario, perché non suscettibile di interruzione alcuna in quanto destinato al soddisfacimento dei bisogni primari della collettività³⁹.

Mentre ben potrebbero applicarsi le disposizioni concorsuali alla società in mano pubblica che agisca nel libero mercato, in presenza di imprese terze in grado di subentrare prontamente alla società fallita o in caso di servizio non più in atto; o, correlativamente, a un ente sostanzialmente pubblico (una società a capitale pubblico con limitazioni all'autonomia funzionale degli amministratori) o addirittura a un ente formalmente pubblico, rispetto al quale non si verifichi la lesione degli interessi tutelati dall'art. 1, l.fall., e che quindi non svolga un'attività necessaria alla tutela delle finalità pubbliche⁴⁰. All'opposto, in presenza di un servizio pubblico in atto, svolto esclusivamente da una società attraverso la quale l'ente locale assolve il proprio

pubbliche "necessarie", nel senso che la loro esistenza è considerata necessaria all'ente territoriale che vi intrattiene rapporti connessi a tale valutazione".

³⁹ In questi termini, Trib. La Spezia, 21 marzo 2013, la quale ha affermato l'esenzione dal fallimento di due società per azioni partecipate in modo totalitario da una pluralità di Comuni, e affidatarie della gestione del servizio integrato dei rifiuti in via esclusiva sul territorio dei Comuni soci, e soggette al controllo analogo di questi ultimi; la sentenza si spinge a ritenere irrilevante la circostanza (peraltro nella fattispecie concreta messa in dubbio) che si tratti di "società formalmente di diritto privato che svolgono attività d'impresa in un regime di mercato e con scopo di lucro".

⁴⁰ In tal senso, App. Torino [decr.] 15 febbraio 2010, cit.: "La ratio dell'inassoggettabilità al fallimento degli enti pubblici si fonda sull'incompatibilità della procedura concorsuale, caratterizzata da un'esecuzione generale sul patrimonio del debitore e collettiva dell'intero ceto creditorio, con l'ordinaria attività di tali enti, con conseguente sostituzione degli organi fallimentari a quelli politici di gestione, comportando un'inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi e con pregiudizio degli effetti dello spossessamento del debitore e della cessazione dell'attività d'impresa sulla continuativa e regolare esecuzione del servizio pubblico rispondente alla realizzazione degli interessi generali; pertanto, ove la lesione di tali interessi, riconducibili al carattere necessario dell'attività degli enti pubblici rispetto alla tutela delle finalità pubbliche, non si verifichi, non è configurabile alcuna preclusione dell'applicazione delle disposizioni concorsuali agli enti medesimi (nella specie la corte di merito ha ritenuto che un consorzio costituito ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 267/2000 tra enti pubblici, la cui gestione era ispirata a criteri di imprenditorialità e di economicità ed era stato dotato di autonomia gestionale, finanziaria, contabile e patrimoniale rispetto agli enti partecipanti, poteva essere qualificato come soggetto privato ai fini dell'applicazione della normativa concorsuale)".

RELAZIONI A CONVEGNI

compito istituzionale di assicurare il soddisfacimento di un bisogno essenziale della collettività (e dunque non vi sia alcun altro soggetto - pubblico o privato - avente titolo giuridico e mezzi finanziari per esercitarlo), la sostituzione degli organi procedurali nella gestione della società equivarrebbe alla totale privazione di ogni sovranità dell'ente locale in merito alle scelte e agli indirizzi di tipo politico amministrativo, nonché all'attribuzione di una posizione di prevalenza degli interessi privati dei creditori, radicalmente incompatibili con gli interessi della collettività alla corretta e regolare erogazione del servizio pubblico e quindi con i bisogni pubblici che l'ente socio è chiamato a tutelare e soddisfare senza soluzione di continuità; di qui, la sottrazione alla procedura concorsuale, per ragioni del tutto sovrapponibili a quelle che, per previsione legislativa, non consentono di dichiarare il fallimento di un ente pubblico⁴¹.

Non mancano, peraltro, pronunce che fanno applicazione congiunta del criterio "tipologico" e di quello "funzionale"⁴², facendo leva – al fine di motivare l'esclusione della società pubblica dalle procedure concorsuali - tanto sulla natura sostanzialmente

⁴¹ In questi termini, Trib. La Spezia, 21 marzo 2013 che, come App. Torino [decr.] 15 febbraio 2010, *cit.*, pone l'accento sull'assenza di uno statuto unitario delle società a partecipazione pubblica, con conseguente necessità di applicare, di volta in volta, normative privatistiche o pubblicistiche in relazione alla ricorrenza o meno – in uno specifico settore – di interessi pubblici o collettivi da tutelare.

⁴² Trib. Alessandria, 9 luglio 2013, che ha escluso la fallibilità di una società per azioni avente a oggetto "l'organizzazione, la gestione e l'esecuzione, in proprio o per conto terzi, dei servizi di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, compresi sia lo spazzamento, la pulizia ed il diserbo di strade ed aree pubbliche, nonché la loro eventuale manutenzione, sia la rimozione della neve e dei servizi di protezione del ghiaccio", in ragione della natura pubblicistica desunta da una pluralità di fattori, e segnatamente in quanto "la società è preordinata alla gestione di un servizio pubblico essenziale la cui disciplina pubblicistica di riferimento è scarsamente compatibile con gli effetti tipici del fallimento; secondariamente, il capitale delle società è costituito integralmente da conferimenti di enti pubblici, senza che sia possibile la partecipazione di soggetti privati; in terzo luogo i ricavi della società dipendono in massima parte dall'erogazione del servizio pubblico svolto in esclusiva per conto dei soci pubblici; ed infine, la società, lungi dal costituire un organismo del tutto autonomo nelle sue decisioni fondamentali dall'ente socio, è per contra sottoposta ad un potere di direzione, di controllo e di vigilanza dei soci pubblici assolutamente estraneo al diritto societario"; si veda anche Trib. Catania, 26 marzo 2010, il quale ha escluso l'applicabilità delle disposizioni privatistiche sulle procedure concorsuali alla società per azioni partecipata esclusivamente da enti pubblici, esercente servizio di raccolta e smaltimento rifiuti solidi urbani (considerato "necessario" all'ente territoriale in quanto inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi) e dotata di poteri di imposizione e di riscossione tipicamente pubblicistici.

RELAZIONI A CONVEGNI

pubblica della società (con affermazione di irrilevanza circa l'assenza di un'espressa qualificazione normativa in tal senso) quanto sull'interesse pubblico alla continuazione del servizio oggetto della società⁴³ e la sua incompatibilità con la procedura concorsuale (orientata dall'interesse della massa dei creditori alla maggiore liquidazione possibile dell'attivo fallimentare⁴⁴).

Tale approdo è fortemente contestato da altra giurisprudenza che vi rinviene un'inammissibile forzatura alla riserva di legge contenuta all'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70⁴⁵, e con essa al principio generale secondo cui nessun ente pubblico può essere costituito e riconosciuto se non per legge; di modo che mai sarebbe legittima l'assimilazione della società in mano pubblica a un ente pubblico, in difetto di una norma di legge che espressamente la affermi.

Si è pertanto ritenuto che le società in mano pubblica, quand'anche abbiano in gestione servizi pubblici essenziali ovvero forniscano beni o servizi esclusivamente agli enti pubblici soci esclusivi, ancorché alimentate da risorse pubbliche e sottoposte a penetranti poteri di ingerenza e controllo di carattere pubblicistico (e dunque pur essendo, ad altri specifici effetti, equiparabili agli enti pubblici), non possono considerarsi, in linea generale, enti pubblici al fine della sottrazione alla procedura di fallimento, di concordato preventivo o di amministrazione straordinaria salvo che, appunto, sia la stessa legge a definirle espressamente come tali ovvero sussistano dati normativi in grado di fornire indicazioni tali da indurre a ritenere del tutto imprevedibile il contrario⁴⁶.

⁴³ Cfr. Trib. Alessandria, 9 luglio 2013, secondo cui la ratio dell'esenzione degli enti pubblici dalle procedure concorsuali "non è solo quella di preservare la titolarità del servizio pubblico in capo all'amministrazione pubblica stabilita dalla legge, giacché e del tutto evidente che la dichiarazione di fallimento non può trasferire in capo agli organi della procedura concorsuale funzioni regolamentari e amministrative riservate per legge alla pubblica amministrazione, ma anche quello di impedire che servizi pubblici essenziali per la collettività possano subire interruzioni sine die quali potrebbero concretamente conseguire dallo spossessamento dell'intero complesso aziendale preordinato all'erogazione del servizio".

⁴⁴ Cfr. Tribunale di Napoli [decr.], 31 ottobre 2012, n. 24, il quale ha escluso l'ammissione al concordato preventivo e/o al fallimento di una società di capitali affidataria del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti e quindi di un servizio pubblico essenziale, in quanto "*la cessazione dell'attività d'impresa, che normalmente consegue al fallimento, pregiudica l'interesse pubblico alla esecuzione continuativa e regolare del servizio stesso, senza che la possibilità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa possa evitarlo, essendo l'esercizio provvisorio un istituto volto alla tutela esclusiva dell'interesse dei creditori e non già di interessi pubblici*".

⁴⁵ A mente del quale, "Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge".

⁴⁶ App. Napoli, 24 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, 767.

RELAZIONI A CONVEGNI

Allo stesso tempo, si è negato che le esigenze di carattere pratico susseguenti al fallimento dell'imprenditore che gestisca un servizio pubblico essenziale possano valorizzarsi al punto da escludere la fallibilità, limitandosi queste a imporre al titolare dell'interesse pubblico di prendere atto dell'insuccesso e di adottare i provvedimenti consequenziali per riassegnare il servizio a terzi, e al tribunale fallimentare di procedere alla liquidazione delle attività nel rispetto dei limiti stabiliti dalla legge al fine di assicurare provvisoriamente il servizio pubblico già affidato alla società in stato di insolvenza⁴⁷.

Tale posizione critica ha trovato il recentissimo avallo della Cassazione, la quale ha escluso che a una società a capitale pubblico possa attribuirsi, in via interpretativa, natura sostanzialmente pubblica, equiparandola a un ente pubblico e per tale via escludendola dal fallimento.

Secondo la Suprema Corte, a tacer del principio generale stabilito dall'art. 4, della l. n. 70/75, le eventuali norme speciali che regolano la costituzione della società, la partecipazione del pubblico al capitale, la sua operatività, non possono elidere le ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti di cui alla disciplina privatistica⁴⁸.

Allo stesso modo, sul piano della funzione (ossia dello scopo per cui la società è stata costituita) l'eventuale assenza, in concreto, di un'attività economica a scopo di lucro non è sufficiente a escludere, adottato il modello societario, che la natura giuridica della partecipata resti quella propria di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile; ciò in quanto il modello societario è andato negli anni assumendo connotati sempre più elastici, sostanzialmente svincolandosi dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica, fino a diventare un contenitore adattabile a diverse finalità.

Neppure l'esercizio di un servizio necessario all'ente socio è determinante: sia perché l'ente – in base alla normativa di settore – conserva la proprietà dei beni funzionali al servizio, così da poterne affidare la gestione ad altro soggetto; sia perché gli inconvenienti connessi ai tempi fisiologicamente necessari a tale passaggio possono essere evitati attraverso il ricorso all'esercizio provvisorio di cui all'art. 104, l. fall..

L'arresto della Cassazione⁴⁹, peraltro, pur rischiando di sancire la sconfitta della teoria sostanzialistica (tanto se fondata sul criterio tipologico che su quello funzionale), solo apparentemente pone fine alla questione.

⁴⁷ App. Napoli, 24 aprile 2013, *cit.*

⁴⁸ Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, per la quale è del pari irrilevante la circostanza che norme speciali pongano limiti all'autonomia degli organi deliberativi, in quanto la volontà negoziale della società pubblica, pur se determinata da atti propedeutici dell'amministrazione, si forma e si manifesta secondo regole di diritto privato.

⁴⁹ Che peraltro non pare prendere in considerazione la specificità delle società *in house*, che si configurano come *longa manus* dell'amministrazione pubblica in quanto soggette a un controllo degli enti soci analogo a quello che questi ultimi esercitano sui propri servizi; controllo che

RELAZIONI A CONVEGNI

Con indubbi elementi di originalità, infatti, un ulteriore orientamento, inaugurato dal Tribunale di Palermo, – evidentemente ispirato dagli interpreti più acuti⁵⁰ - perviene a disapplicare la disciplina concorsuale a una società in mano pubblica attraverso un procedimento ermeneutico rispettoso della riserva di legge rappresentata dall'art. 4 della legge 70/75, in quanto, pur fondato sulla concreta riconducibilità della società alle tipologie di esclusione previste dall'art. 1, l.fall., non fa leva sulla sua assimilazione (sostanziale) a un ente pubblico, bensì (con un netto mutamento di prospettiva) sulla verificata impossibilità di ricondurla, alla luce dell'attività svolta in concreto, entro i confini dell'impresa commerciale⁵¹.

Secondo tale indirizzo⁵², la forma giuridica privata non è dirimente, in quanto la natura di istituzione pubblica è comunque configurabile rispetto a una società di capitali che costituisca in concreto (alla luce di un accertamento da compiersi caso per caso) lo strumento per la gestione di un servizio pubblico e, quindi, faccia parte di una nozione allargata di pubblica amministrazione⁵³.

Per altro verso, tuttavia, non è consentita l'equiparazione sostanziale della società in mano pubblica a un ente pubblico, in quanto la qualificazione pubblicistica di una società presuppone l'espressa previsione legislativa in tal senso⁵⁴.

Di conseguenza, l'esenzione dalle procedure concorsuali va fondata non su tale (indebita) assimilazione bensì sulla (eventuale) impossibilità di includere la società - ai

consente all'autorità pubblica di influenzare le decisioni della società in modo determinante quanto agli obiettivi strategici e alle decisioni importanti (Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C-458/03; cfr. pure Corte costituzionale, sent. N. 50/2013), così da essere incompatibile con l'autonomia gestionale che la Cassazione pone a presupposto del proprio ragionamento.

⁵⁰ Si allude a SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 302ss.

⁵¹ Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, il quale ha ritenuto non assoggettabile a procedura concorsuale una società per azioni interamente partecipata dal Comune, avente a oggetto la gestione di servizi strumentali e di servizi pubblici locali a rilevanza economica in favore, in via esclusiva, dell'ente locale socio.

⁵² Per il quale si veda pure Trib. Avezzano, 26 luglio 2013.

⁵³ Cass., SS.UU., 3 maggio 2005, n. 9096 (richiamata in motivazione da Trib. Palermo, 8 gennaio 2013: "Ai fini di cui all'art. 3 r.d.l. n. 1578 del 1933, la qualificazione di un ente come società di capitali, non è sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso, dovendosi procedere, volta per volta, alla valutazione concreta; pertanto, l'Ama - azienda municipale ambiente - spa, le cui quote societarie sono integralmente detenute da soggetti pubblici - deve essere qualificata istituzione pubblica, poiché costituisce una longa manus degli enti territoriali, per la gestione del servizio pubblico della raccolta dei rifiuti, peraltro finanziato con entrate di natura pubblicistica").

⁵⁴ Trib. Palermo, 8 gennaio 2013.

RELAZIONI A CONVEGNI

fini dell'art. 1, comma 1, l. fall. - tra gli “*imprenditori che esercitano una attività commerciale*”⁵⁵.

Dunque, sulla base di un criterio del tutto compatibile con l'insegnamento della Cassazione ostile alla teoria sostanzialistica, che infatti è incardinato sul principio secondo cui ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale è la natura del soggetto⁵⁶.

Quando, però, alla società può essere disconosciuta la natura di imprenditore commerciale?

Secondo una parte della giurisprudenza, mai: la scelta del modello organizzativo della società implica automaticamente la sua qualifica di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, quale che sia l'attività svolta, e ciò alla luce dell'art. 2195, comma 2, c.c., secondo cui “*le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano*”, vale a dire a quelle soggette all'iscrizione nel registro delle imprese⁵⁷.

Si tratta di soluzione non condivisa proprio da coloro che fondano l'esenzione dal fallimento della società in mano pubblica sulla verifica dell'assenza in concreto del requisito della commercialità; verifica considerata del tutto compatibile con l'art. 2195 c.c., che – si osserva – nel disporre l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale ai soggetti iscritti nell'apposito registro “*se non risulta diversamente*”, permette di escluderla nelle limitate ipotesi in cui l'attività economica svolta non consenta, né in astratto né in concreto, alla luce di prescrizioni di legge o di regolamento, il perseguimento di uno scopo di lucro⁵⁸.

L'indagine circa la natura (commerciale o meno) dell'attività svolta va condotta in relazione all'oggetto dell'attività stessa, alle sue concrete modalità di espletamento, nonché al quadro normativo di riferimento, passato e vigente⁵⁹.

⁵⁵ Cfr. anche Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, la quale peraltro ritiene che “*Capovolgendo, per ragioni di logica espositiva, i termini problematici della questione, occorre prima di tutto verificare se [la] s.p.a. sia un ente pubblico sostanziale e, quindi, esclusa tale qualifica, verificare se, svolgendo (o avendo svolto) attività imprenditoriale, sia effettivamente qualificabile alla stregua di un normale imprenditore collettivo*”; e quindi non abiura a un'indagine preliminare circa la possibilità di configurare la società pubblica quale ente pubblico sostanziale in base alla ricorrenza degli indici sintomatici enucleati dall'orientamento sostanzialistico-tipologico (in concreto poi esclusa per la riscontrata assenza di un pregnante intervento pubblico nell'organizzazione societaria alla luce dei dati rinvenuti dallo statuto societario).

⁵⁶ Cass., 27 settembre 2013, n. 22209.

⁵⁷ App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346.

⁵⁸ Trib. Avezzano, 26 luglio 2013.

⁵⁹ *Idem*.

RELAZIONI A CONVEGNI

Sotto il primo profilo, è necessario, ma non sufficiente, che la società in mano pubblica gestisca un servizio pubblico o comunque di interesse generale: non è la natura pubblica del servizio esercitato a connotare quella del soggetto che esercita il servizio, ben potendo i servizi pubblici essenziali essere svolti da soggetti privati; pertanto, se il legislatore permette all'ente pubblico di perseguire le proprie finalità mediante società di diritto comune, accetta implicitamente il rischio del relativo fallimento, tanto più che la previsione di una specifica ipotesi di ammissione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi per società operanti in servizi pubblici essenziali⁶⁰ dimostra la compatibilità tra procedure concorsuali e natura pubblica del servizio esercitato.

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

In presenza di tali elementi, l'attività esercitata non ha natura propriamente industriale e commerciale e, dunque, la società in mano pubblica non è soggetta alle procedure concorsuali⁶¹.

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

⁶⁰ Art. 27, comma 1, lett. b-bis, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270; art. 2, comma 2, del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, conv. con legge 18 febbraio 2004, n. 39.

⁶¹ Cfr. Trib. Velletri, 8 marzo 2010, il quale coerentemente ha ritenuto *assoggettabile a procedura concorsuale la società per azioni interamente partecipata da capitale pubblico e che utilizzi risorse pubbliche per lo svolgimento della propria attività qualora la sua sfera d'azione sia riconducibile al diritto privato secondo uno schema comunque inquadrabile nel modello previsto dal codice civile (essendo il potere di indirizzo riconosciuto all'ente pubblico limitato all'espletamento del servizio nel territorio di riferimento; gli enti locali privi di alcun potere di ingerenza nella gestione complessiva della società e di verifica del bilancio e di un controllo analogo a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi; l'oggetto sociale esteso all'espletamento dell'attività a favore di terzi).*

RELAZIONI A CONVEGNI

società (quali le *holding*) che pur svolgendo attività unicamente in favore delle partecipate (dunque non di terzi) sono comunque soggette al fallimento⁶².

Senonché, tale posizione pare trascurare la ricordata nozione comunitaria di “*organismo di diritto pubblico*”, che – per quanto operativamente circoscritta al settore dei contratti pubblici - consente di affermare la preordinabilità della forma societaria allo specifico soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; nonché di identificare questi ultimi con quelli soddisfatti in modo diverso dall’offerta di beni o servizi sul mercato (dunque con i bisogni che lo Stato preferisce soddisfare o direttamente, o attraverso altri soggetti nei confronti dei quali intende mantenere un’influenza dominante)⁶³.

In tale ambito, ai fini della valutazione circa la ricorrenza del carattere industriale o commerciale del bisogno – da compiersi di volta in volta, tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali la circostanza che hanno presieduto alla creazione dell’organismo interessato e le condizioni in cui quest’ultimo esercita la propria attività⁶⁴-, si afferma il valore indiziario della circostanza che l’organismo eserciti la propria attività in regime di concorrenza; mentre, all’opposto, l’assenza di un mercato di beni e servizi, in relazione a compiti di ordine pubblico assunti dallo Stato, induce a escludere la ricorrenza del carattere in questione.

Allo stesso modo, la natura industriale o commerciale trova la sua conferma nell’assumere da parte dell’ente il rischio dell’attività svolta e dunque le perdite connesse; mentre, all’opposto, in presenza di una pubblica amministrazione che finanzia l’attività e interviene a ripianarne le eventuali perdite, l’attività, pur avendo in astratto finalità di profitto, non ha carattere industriale o commerciale⁶⁵.

⁶² App. Napoli, 27 maggio 2013.

⁶³ Corte di giustizia CE, 10 novembre 1998, n. C-360/96. Nel procedere a una verifica in ordine alla sussistenza o meno del requisito in questione occorre prima verificare se l’attività dell’ente soddisfi effettivamente bisogni di interesse generale, e successivamente determinare se tali bisogni abbiano o meno carattere commerciale o industriale; cfr. Corte di giustizia CE, 22 maggio 2003, n. C-18/01.

⁶⁴ Corte di giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18/2001.

⁶⁵ Cfr. Corte di giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18/2001, secondo cui, se l’organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all’esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale; se dalle concrete circostanze si evince che l’ente pubblico che partecipa alla società, ove necessario, procede a una ricapitalizzazione della società in perdita, per consentirle la continuazione delle sue funzioni, che la società beneficia di un finanziamento pubblico per la realizzazione della sua attività, e lo scopo principale, al di là della ricerca del profitto, sia il perseguimento di un interesse generale, allora appare verosimile che l’attività del soggetto soddisfi un bisogno di interesse generale privo di carattere industriale

RELAZIONI A CONVEGNI

Dunque, secondo l'insegnamento della giurisprudenza comunitaria, l'operatività della società in un ambito estraneo al regime di concorrenza (in concomitanza con altri sintomi appena esaminati) vale a escluderne il carattere industriale o commerciale e dunque a sottrarla alle procedure concorsuali, giusta il disposto dell'art. 1, l.fall..

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

L'*identikit* tratteggiato pare attagliarsi alle c.d. società strumentali agli enti locali: "*strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla p.a. e non al pubblico*"⁶⁶, di natura strumentale agli enti locali, ossia beni e servizi erogati a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e attraverso i quali l'ente stesso provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali; società che, in forza dell'art. 13, del decreto legge n. 223/2006 (c.d. "Decreto Bersani"), sono dotate di capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, e che possono operare unicamente a favore degli enti soci, senza che sia consentito loro di partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.

Non sarà però sufficiente il mero dato statutario: occorrerà verificare, in concreto, che la società rispetti il divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dagli enti pubblici soci e che un'attività imprenditoriale vera e propria non sia stata svolta in via di fatto, anche in passato, nei confronti di terzi (mediante partecipazione a gare d'appalto o con acquisizione di commesse da parte di soggetti diversi dall'ente socio o a questo connessi).

Ma l'estraneità alle procedure concorsuali opera, più in generale, per tutte le società *in house* (quindi anche quelle che gestiscono servizi pubblici locali mediante affidamento diretto da parte dell'ente pubblico che le partecipa).

Per definizione, infatti, tali società hanno capitale interamente pubblico⁶⁷, sono soggette a un controllo dell'ente partecipante analogo a quello che questo esercita sui propri servizi (il che comporta che il consiglio di amministrazione della società sia svuotato di significativi poteri gestionali in modo da risultare mero esecutore delle determinazioni della *governance* degli enti partecipanti, cui devono spettare poteri più incisivi di quelli normalmente riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza

o commerciale. Si veda anche Corte dei conti, sez. contr. Reg. Lombardia, 11 maggio 2009, n. 195; Consiglio di Stato, 10 settembre 2010, n. 6529.

⁶⁶ TAR Veneto, 31 marzo 2008, n. 788, TAR Lazio, 5 giugno 2007, n. 5192, TAR Lombardia, 27 dicembre 2007, n. 1373

⁶⁷ Corte Giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98 (*Teckal*); Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, causa C-340/04 (*Carbotemo*); Corte Giustizia CE, 11/1/2005, causa C-29/04 (*Stadt Halle*); Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 3 marzo 2008, n. 1.

RELAZIONI A CONVEGNI

sociale⁶⁸; che la società sia immune da qualsiasi vocazione commerciale⁶⁹; che le decisioni più importanti della società siano preventivamente sottoposte all'esame e all'approvazione dell'ente pubblico⁷⁰; e soprattutto che costituiscono una *longa manus* dell'amministrazione, la quale reperisce prestazioni a contenuto negoziale non sul mercato, ma al proprio interno, proprio perché si serve di un proprio ente strumentale (la società *in house*) giuridicamente distinto sul solo piano formale, in deroga ai principi di concorrenza⁷¹.

Anche in tal caso, peraltro, sarà imprescindibile verificare l'effettiva sussistenza di tali caratteristiche: quindi, che il servizio gestito *in house* abbia natura esclusiva, nell'ambito territoriale dell'ente di riferimento in totale assenza di concorrenza; e che, a monte, l'oggetto sociale definito nello statuto non consenta alcuna attività imprenditoriale⁷², la cui previsione astratta varrebbe di per sé (a prescindere dallo svolgimento in concreto) a esporre la società alla declaratoria di insolvenza⁷³.

⁶⁸ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1; Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03 (*Parking-Brixen*); come affermato dalla Commissione Europea con comunicazione del 26/6/2002, diretta al Governo italiano per sollecitare le modificazioni all'art. 113, Tuel, nell'ambito della procedura di infrazione aperta per contrasto con la normativa e principi comunitari in materia di appalti e concorrenza, è necessario che l'amministrazione controllante eserciti "un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo", in modo che l'ente possa perseguire la realizzazione dell'interesse pubblico.

⁶⁹ Costituiscono elementi idonei a determinare la vocazione commerciale, tra gli altri: l'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura obbligatoria, a breve termine, della società ad altri capitali, la possibilità che l'affidataria svolga la propria attività su tutto il territorio nazionale e all'estero.

⁷⁰ Sul punto, cfr. CGA per la Regione Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719: "il potere di nominare il presidente del consiglio di amministrazione, i membri dell'intero consiglio e il collegio sindacale non implica necessariamente il completo controllo ed indirizzo delle politiche aziendali. La giurisprudenza (vd. CdS, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316) richiede ai fini del controllo analogo la sussistenza di una struttura interna all'ente, ad hoc, che costituisca l'interfaccia con l'impresa partecipata e che eserciti i poteri "di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo"; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1, specifica che il soggetto affidante è in grado di esercitare un effettivo controllo sull'affidatario, assimilabile a quello esercitato sui propri servizi, qualora l'attività pubblica di monitoraggio investa il bilancio, la qualità dell'amministrazione, la spettanza di poteri direttivi diretti e concreti, oltre a determinare la totale dipendenza dell'affidatario diretto dall'ente pubblico per quanto concerne le strategie e le politiche aziendali.

⁷¹ Corte di Giustizia CE, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98 (*Teckal*).

⁷² Cfr. Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, che ha dichiarato l'insolvenza e ammesso all'amministrazione straordinaria (poi convertita in fallimento con decreto 22 aprile 2013, n. 58)

RELAZIONI A CONVEGNI

Sicché non vi è corrispondenza biunivoca: la società che presenti in astratto i requisiti per essere qualificata *in house*, deve superare il vaglio concreto circa l'estraneità a qualsivoglia profilo di imprenditorialità; la gestione in concreto di un servizio *in house*, invece, non vale di per sé a escludere la fallibilità della società se questa in concreto svolge ulteriori attività imprenditoriali ovvero se, pur non svolgendole, la possibilità del relativo svolgimento è consentita dall'estensione dell'oggetto sociale previsto dallo statuto⁷⁴.

la società per azioni affidataria *in house* del servizio di raccolta rifiuti per conto del Comune e sul territorio del medesimo (poi dichiarata fallita con 5 aprile 2013, n. 47), in quanto alla luce della delibera istitutiva della società il Comune “*lungi dall'ipotizzare il semplice affidamento in house del servizio di gestione rifiuti, intendeva intraprendere una vera e propria iniziativa economica imprenditoriale, così valorizzando le capacità di sviluppo insite nel nuovo soggetto*”; e in quanto lo statuto societario evidenziava un oggetto sociale esteso anche ad attività estranee al servizio pubblico (esecuzione di lavori edili, di manutenzione e costruzione stradale; promuovere, costituire o assumere partecipazioni in enti italiani o esteri con oggetto analogo, affine o connesso al proprio; far parte di associazioni di imprese, assumere appalti, affidare lavori e servizi, gestire beni e complessi di beni e strutture di terzi), realizzabili anche al di fuori dell'ambito territoriale del Comune.

⁷³ Stante il principio per cui le società costituite nelle forme previste dal codice civile e aventi a oggetto un'attività commerciale sono 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, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quel che avviene per l'imprenditore commerciale individuale; cfr. Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Foro it., Mass.*, 2012, 842, la quale ha di conseguenza concluso che “*Le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale; sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile, per l'impresa non collettiva, stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale (nella specie, la corte ha confermato la sentenza di merito, che aveva attribuito la qualità di impresa commerciale ad una società mista, nel cui oggetto sociale erano ricomprese attività pacificamente esercitabili da società di diritto privato)*”.

⁷⁴ Ancora in tal senso, Trib. Palermo, 11 febbraio 2010, per la quale è la costituzione in forma societaria con uno scopo anche commerciale (e quindi la manifestazione in via definitiva dell'intenzione di svolgere un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi) che fa acquisire alla società lo *status* di imprenditore commerciale, senza necessità di dimostrare che l'attività (statutariamente prevista) ulteriore a quella di gestione di

RELAZIONI A CONVEGNI

Che le società *in house* non possano fallire lo si potrebbe dedurre anche da un altro recentissimo intervento della Cassazione che – nel riconoscere la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house* - ha ribadito che tali società non costituiscono un'entità al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come una propria articolazione interna, di modo che *“la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva”*⁷⁵.

È evidente, insomma, che le società *in house*, quale che sia la prospettiva che si voglia adottare, comunque ricadrebbero nelle esenzioni previste dall'art. 1, l.f., sia perché, per usare ancora le parole della Cassazione, *“hanno della società solo la forma esteriore ma, come si è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi”*⁷⁶ e, dunque, si identificano con l'ente pubblico socio; sia perché, nel contempo, si caratterizzano per non essere destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato⁷⁷ e, dunque, sfuggono alla definizione di imprenditore commerciale.

Come si è avuto modo di osservare con altri già in altra sede⁷⁸, tale conclusione suggerisce ulteriori riflessioni.

È all'ente socio che, nella pratica, va imputato il verificarsi della crisi societaria (in conseguenza, come nella fattispecie concreta all'esame del Tribunale di Palermo, del mancato adeguamento delle tariffe corrisposte a fronte dei servizi effettivamente erogati, con fisiologico squilibrio della gestione caratteristica e/o del mancato esercizio della dovuta attività di indirizzo e controllo); e, sempre l'ente socio – si osserva – è di

un servizio pubblico sia stata effettivamente espletata ed essendo irrilevante la semplice cessione di fatto del relativo esercizio.

⁷⁵ Cass. 25 novembre 2013, n. 26283, ove si chiarisce che *“l'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una 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”*; e ove si richiama Cons. Stato, Ad. Plen., 1/2008, secondo cui *“l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa”*

⁷⁶ Cass. 25 novembre 2013, n. 26283 (in mot.).

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ DI RUSSO – MIELE, *Società pubbliche e procedure concorsuali*, in *Press*, 2013, 24, giugno 2013

RELAZIONI A CONVEGNI

fatto l'unico beneficiario delle prestazioni fornite dalla società⁷⁹ (il che, occorre precisare, è senz'altro vero per le società strumentali ex art. 13, Decreto Bersani, mentre nel caso delle società che gestiscono servizi pubblici *in house*, che si caratterizzano per rivolgere le proprie prestazioni direttamente alla generalità dei cittadini, trattasi piuttosto di beneficio mediato).

Risponde dunque a un principio di giustizia sostanziale impedire che il soggetto esclusivo beneficiario delle prestazioni della società possa poi sgravarsi dell'esposizione debitoria, pretendendo di scaricarla sulla generalità dei terzi creditori attraverso il ricorso a una procedura concorsuale (e alla relativa falcidia).

Va poi considerato che la società *in house* è un ente solo formalmente distinto dall'ente pubblico che la partecipa e che, più in generale, si assiste a una tendenza legislativa decisamente incline a definire un'area di consolidamento tra ente locale e le società dal medesimo partecipate.

Il riferimento è all'art. 147-*quater* del Tuel, che fa carico agli enti locali (con popolazione superiore a 100.000 mila abitanti in prima applicazione e, poi, anche per quelli con più di 50.000 a partire dal 2014, nonché per quelli con più di 15.000 a decorrere dal 2015) di provvedere – attraverso proprie strutture che ne sono, al riguardo, responsabili - a un monitoraggio periodico sull'andamento delle partecipate non quotate mediante la predisposizione di un adeguato sistema informativo e di controllo (per il rilievo dei rapporti finanziari tra ente proprietario e società, della situazione contabile, gestionale e legislativa della società, dei contratti di servizio, della qualità dei servizi, del rispetto delle norme di legge sui vincoli della finanza pubblica) e previa definizione degli obiettivi gestionali cui la partecipata deve tendere. L'ente locale è tenuto quindi a predisporre il bilancio consolidato secondo competenza economica, per consentire di rilevare i risultati complessivi della propria gestione e delle partecipate non quotate.

Risulta, dunque, del tutto coerente con il quadro normativo che si va configurando che i debiti della società in mano pubblica - in presenza dei presupposti per la sua sottrazione alla procedura concorsuale e in ragione di tale sottrazione - siano considerati alla stregua di debiti dell'ente socio, il quale ancor meno che in passato potrà disinteressarsi della relativa gestione, sapendo che dovrà provvedere alla copertura del *deficit* della società insolvente, in misura proporzionale alla propria partecipazione (e non oltre, altrimenti prospettandosi a carico dell'amministrazione pubblica l'assunzione di impegni finanziari spettanti a soggetti estranei alla stessa, venendosi a configurare i presupposti di un eventuale danno erariale); fermo restando, in ogni caso, l'obbligo del socio pubblico di accertare le cause che hanno provocato la situazione deficitaria e perseguire le responsabilità dell'organo gestorio.

⁷⁹ Trib. Palermo, 8 gennaio 2013.

RELAZIONI A CONVEGNI

A tale soluzione non osta, peraltro, neppure l'art. 6, comma 19, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010, n. 122⁸⁰.

Tale norma, come noto, vieta alle pubbliche amministrazioni operazioni di ripianamento perdite e ricapitalizzazioni (attraverso aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito o rilascio di garanzie) delle società partecipate non quotate che abbiano registrato per tre esercizi consecutivi perdite di esercizio o abbiano deliberato (anche durante l'anno) la copertura di perdite con utilizzo di riserve disponibili; ma, nel contempo, lascia impregiudicato quanto disposto dall'art. 2447 c.c. (e, per quanto riguarda le s.r.l., dall'art. 2482-ter c.c.⁸¹), ossia la normativa civilistica dettata per il caso di perdite che abbiano eroso il capitale per oltre un terzo sino a ridurlo al di sotto del minimo legale, trattandosi di disciplina di garanzia per i creditori sociali.

E poiché le medesime esigenze di garanzia dei terzi vengono in rilievo ogniqualvolta la società pubblica versi in uno stato tale da poterne astrattamente comportare l'accesso a una procedura concorsuale⁸², si può fondatamente sostenere che risponde a principi di corretta amministrazione, nel perseguimento della tutela dell'interesse dei terzi creditori altrimenti frustrata, l'assunzione da parte dell'ente socio dei debiti della partecipata (che operi *in house*) e, in ultima istanza, l'obbligo di provvedere al relativo adempimento.

Ove ci si discostasse dall'orientamento inaugurato dal Tribunale di Palermo (che, come si è visto, ha incontrato solido sostegno negli argomenti utilizzati dalla più recente Cassazione), e si confermasse la fallibilità delle società in questione, la responsabilità dell'ente socio non verrebbe comunque meno, rimanendo questo comunque astrattamente esposto ai sensi dell'art. 2497 c.c., in qualità di soggetto che (mediante apposita unità organizzativa interna preposta alla gestione delle partecipazioni possedute) esercita attività di direzione e coordinamento sulla società partecipata⁸³.

⁸⁰ Cfr. Corte dei conti, sez. contr. reg. Piemonte, 19 gennaio 2012, n. 3: “*l'obbligo di pagare i creditori sociali, riguardando soltanto i debiti non soddisfatti nel corso della liquidazione della società in house, non si pone in contrasto con il divieto di ripianamento delle perdite sancito dall'art. 6, comma 19, del d.l. 78/2010 [...] che è stato previsto per perseguire “una maggiore efficienza delle società pubbliche”*”.

⁸¹ Cfr. da Corte dei conti, sez. contr. reg. Piemonte, 21 ottobre 2010, n. 61.

⁸² Cfr. Corte dei conti, sez. contr. Basilicata, 17 maggio 2011, n. 28; Corte dei conti sez. contr. reg. Piemonte, 19 gennaio 2012, n. 3.

⁸³ Corte dei conti sez. contr. reg. Piemonte, 19 gennaio 2012, n. 3: “*deve ritenersi applicabile la responsabilità dell'ente pubblico nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., atteso che il controllo analogo determina l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse istituzionale dell'ente pubblico e non nell'interesse esclusivo della società controllata*”.

RELAZIONI A CONVEGNI

La differenza risiederebbe unicamente nella circostanza che l'assoggettamento della società pubblica alle procedure concorsuali imporrebbe ai terzi creditori di attendere forzatamente la chiusura della procedura (con intuibile quanto incerta dilatazione dei tempi) prima di poter attivare – ai fini del recupero della parte di credito rimasta insoddisfatta - la responsabilità ex art. 2497 c.c. nei confronti dell'ente pubblico socio (e/o del suo rappresentante che, in ipotesi, abbia emesso un ordine, poi attuato dalla società, contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale).

L'orientamento giurisprudenziale più innovativo ha quindi il merito ulteriore di risolvere indirettamente gli inconvenienti pratici che, in caso di declaratoria di insolvenza della società in mano pubblica, sarebbero connessi all'attivazione, da parte dei creditori sociali, della responsabilità ex art. 2497 e segg. c.c. nei confronti degli enti pubblici soci, mettendo a disposizione dei terzi creditori una tutela diretta e sin da subito azionabile nei confronti del socio pubblico.

LE SOCIETÀ PUBBLICHE ALLA PROVA DELLE PROCEDURE CONCURSUALI

L'Autore analizza la disciplina delle società pubbliche in relazione a quella delle discipline concorsuali.

di **LUIGI SALVATO**

1. Premessa.

Il secolo nel quale stiamo vivendo si è lasciato definitivamente alle spalle il «mondo di ieri», il mondo della modernità giuridica, che sembrava caratterizzato dalla sicurezza. In una società che anelava ad un sistema caratterizzato da disposizioni aventi una precisa incatenazione testuale, raccolte in sistemazioni organiche e compiute (i codici), «ognuno sapeva quanto possedeva e quanto gli era dovuto, quel che era permesso e quel che era proibito: tutto aveva una sua norma»⁸⁴. Questo mondo, ispirato alla completa identificazione del diritto nella legge, non ha retto alla rapidità del movimento socio-economico. Alle nuove istanze della società lo Stato ha offerto una risposta caratterizzata da una produzione normativa elefantica e sconnessa, «facendo perdere all'ordinamento positivo il pregio della semplicità e della certezza, antichi e legittimi vanti del diritto moderno». Il legislatore si è, infatti, dimostrato «sordo, spesso impotente, come dimostra la sua sostanziale assenza nomopoetica, come dimostrano le cosiddette 'leggi finanziarie' degli ultimi anni ridotte a fungere ormai da testimonianze solitarie oltre che pessime per il loro carattere di disorganici ammassi di norme violatori marchiani di ogni elementare certezza»⁸⁵.

Nondimeno, quello di ieri non era affatto un mondo idilliaco ed uno dei più illustri giuristi italiani ha posto in luce l'artificiosità di non pochi attribuiti della modernità giuridica, troppo semplicisticamente esaltati, e la loro valenza strategica rispetto ad una determinata concezione della società, enucleando ed analizzando i profili positivi della post-modernità giuridica: elasticità e fattualità⁸⁶. Nell'epoca post-moderna primeggia la figura dell'interprete, rileva il piano dei fatti che non costituisce una novità nella materia fallimentare, in quanto già in passato ad esso era volto «l'impegno del giuscommerzialista», il quale non si arrestava «al livello legale e formale, a un mondo

⁸⁴ S.ZWEIG, *Il mondo di ieri, ricordi di un europeo*, Milano, 1979, 9.

⁸⁵ P.GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in *Introduzione al novecento giuridico*, Bari, 2012, 32, 34.

⁸⁶ P.GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, cit.

RELAZIONI A CONVEGNI

di comandi cartacei»⁸⁷. Nondimeno, gli eccessi non sono mai positivi, poiché, per definizione, conducono ad esiti insoddisfacenti. Il tema delle società pubbliche, anche con riguardo alla questione della loro assoggettabilità alle procedure concorsuali, mi sembra paradigmatico sia della transizione dalla modernità alla post-modernità giuridica, sia dei guasti insiti nella perdita di chiari punti di riferimento.

La difficoltà delle questioni poste dalle società pubbliche⁸⁸ risiede, infatti, da un canto, nella circostanza che si tratta di un fenomeno al confine tra diritto pubblico e diritto privato, tra i più lontani dalla tranquillizzante idea «che esistano due diritti, l'uno per i rapporti tra privati, l'altro per quelli tra amministrazioni pubbliche e privati»⁸⁹, che ha contribuito a mettere in crisi nozioni tradizionali del diritto societario⁹⁰. Dall'altro, nel fatto che questa forma di esercizio dell'impresa pubblica⁹¹ ha assunto, quantitativamente, dimensioni imponenti che hanno enfatizzato alcuni dei caratteri dell'epoca post-moderna: difficoltà del legislatore contemporaneo di stabilirne una razionale ed ordinata regolamentazione, al punto da rendere le società pubbliche «il campo dei diritti speciali e dei diritti singolari»⁹²; esaltazione del ruolo dell'interprete, divenuto un attivo cooperatore della creazione del sistema normativo, con tutte le ricadute positive, ma anche negative che ciò comporta⁹³.

2. Le società pubbliche nel codice civile e nella legge fallimentare.

Non solo nella fase aurea della modernità giuridica, ma anche in un passato abbastanza recente il carattere “pubblico” della società, per quanto ampiamente sia inteso questo aggettivo, non affaticava il giudice ordinario chiamato a trattare la materia

⁸⁷ P.GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, in *Introduzione al novecento giuridico*, cit., 84.

⁸⁸ Locuzione dall'incerto significato, riferibile a fattispecie assai diverse, *ex plurimis*, G.NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv.soc.*, I, 2006, 999.

⁸⁹ G.MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, I, 155.

⁹⁰ G.DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica* (voce), in *Dig.disc.priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1996, 163.

⁹¹ Divenuta vincente rispetto a quelle dell'impresa-organo e dell'impresa-ente pubblico economico. Per una sintesi della formazione del sistema di imprese pubbliche in Italia attraverso le tre differenti forme richiamate nel testo, C.LACAVA, *L'impresa pubblica, Diritto amministrativo speciale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, cit., III, 2985.

⁹² M.CAMMELLI-M.DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, 2008, 1.

⁹³ Per ragioni di sintesi, su questi profili mi sia consentito di rinviare a L.SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall*, 2010, I, 603.

RELAZIONI A CONVEGNI

fallimentare. Le norme del codice civile, ad onta delle proporzioni del fenomeno dell'azionariato pubblico già nel 1942, riconducevano le società *latu sensu* pubbliche nel novero di quelle di diritto comune, prevedevano l'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale anche agli «enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale» (art. 2201 c.c.), sottratti, tuttavia, in caso di insolvenza, al fallimento ed al concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali (art. 2221 c.c.). La legge fallimentare non contemplava le società pubbliche e, ribadendo la regola del codice civile, escludeva dal fallimento e dalle procedure concorsuali minori i soli «enti pubblici» (art. 1, primo comma, r.d. 16 marzo 1942, n. 267), assoggettando, quindi, alle stesse tali società.

La disciplina era frutto di una chiara concezione: privatizzato il potere economico dello Stato, allo scopo di realizzare un'iniziativa economica pubblica efficiente, mediante un modello caratterizzato dalla direzione politica del processo economico, ma anche dal rispetto del mercato e delle sue leggi, si era scelto di ritenere irrilevante la natura giuridica dell'azionista. La Relazione al codice civile sottolineava che «la disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente» (n. 998). Lo Stato si era assoggettato alla legge della società per azioni, per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza e nuove possibilità realizzatrici, imponendo alle proprie società per azioni di operare «secondo criteri di economicità». Sul versante del diritto fallimentare le questioni riguardavano, prevalentemente, la qualificazione come ente pubblico economico del soggetto che, privo della forma societaria, svolgeva attività di impresa commerciale, sottratto al fallimento⁹⁴, in quanto questa procedura, «con le sue esigenze processuali obiettive e rigorose, anche perché la struttura è congeniale al regolamento rispettoso di diritti soggettivi, potrebbe frustrare l'interesse pubblico»⁹⁵.

Il problema della riferibilità della nozione di «impresa pubblica» a quella esercitata dalle società pubbliche, oltre che agli enti pubblici⁹⁶, era rimasto fuori dall'area della materia concorsuale. La dottrina dominante non dubitava, infatti, che l'esenzione stabilita dall'art. 1, primo comma, l. fall. «si ricollega alla qualità del soggetto quale “ente pubblico”»: essa non opera, perciò, a favore delle cosiddette società

⁹⁴ Per gli indici del carattere pubblico dell'ente, esaminati dal punto di vista dello studioso delle procedure concorsuali, per tutti, F.FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 121; F.GALGANO, *Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma, 1974, 90.

⁹⁵ P.PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993, 88.

⁹⁶ In considerazione della molteplicità di modelli organizzativi, raggruppati da M.S.GIANNINI (*Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, I, 267) in tre tipi fondamentali, a seconda che l'impresa sia imputata: ad un organo dell'ente pubblico, ad un ente pubblico strumentale, ad una società di diritto privato a partecipazione pubblica.

RELAZIONI A CONVEGNI

“in mano pubblica”, ossia di quelle società delle quali lo Stato o altri enti pubblici detengono la maggioranza o la totalità delle azioni»⁹⁷, salva la rilevanza dell’attività svolta (non correlata, comunque, al carattere pubblico della società), ai fini dell’eventuale assoggettamento alla l.c.a. (art. 2 della legge fallimentare). Per il giudice ordinario, la società pubblica restava «un soggetto di diritto privato, destinata ad operare secondo il diritto comune»⁹⁸. La titolarità delle partecipazioni sociali da parte della P.A., da sola, neppure la rendeva assoggettabile esclusivamente alla liquidazione coatta amministrativa, in quanto ente pubblico economico⁹⁹, e questa soluzione era prospettata ai *pratici* come pacifica e scontata¹⁰⁰. Uno dei più autorevoli studiosi italiani del diritto amministrativo aveva stigmatizzato improprietà ed approssimazione delle espressioni «impresa pubblica in forma privata, impresa privata in mano pubblica e simili», sottolineando che si «hanno imprese regolate dalle norme di diritto comune», anche quando esse siano esercitate «da un imprenditore che è un ente, con o senza personalità, ma anch’esso di diritto comune (società, consorzio, associazione), nel quale un pubblico

⁹⁷ F.GALGANO, *Disposizioni generali*, cit., 90; analogamente, tra i molti, R.PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1955, 138; G.RAGUSA MAGGIORE, *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, I, diretto da G.Ragusa Maggiore e C.Costa, Torino, 1997, 217; in senso contrario, ma con tesi significativamente svolta sostenuta quando era esploso il fenomeno delle società pubbliche ed erano emersi gli orientamenti dei giudici amministrativi richiamati *infra* nel testo sulla natura pubblica di dette società, G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, 822.

⁹⁸ Cass. 9 novembre 1981, n. 5919, secondo la quale ai dipendenti di società per azioni a prevalente partecipazione pubblica (nella specie, centrale del latte), non si applicano i benefici di cui alla normativa sugli *ex* combattenti, stante la natura giuridica di soggetto di diritto privato dell’ente datore di lavoro.

⁹⁹ Secondo Cass. 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, 593, «una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l’esercizio di un’autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato –e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata (art. 187 legge fallimentare)- per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti, 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 di un servizio».

¹⁰⁰ In A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986, 5, nel commento all’art. 1 della legge fall., con estrema sintesi, era indicato: «non soggetti alle disposizioni sul fall. sono gli enti pubblici (da non confondere con le cc.dd. società in mano pubblica, nelle quali l’ente pubblico detiene la maggioranza o la totalità delle azioni, ma che rimangono società private)».

RELAZIONI A CONVEGNI

potere ha una posizione dominante»¹⁰¹. In definitiva, la sottrazione alle procedure concorsuali era condizionata dalla qualità di “ente pubblico” del soggetto che svolgeva un’attività commerciale, non predicabile per le società pubbliche, assoggettate al fallimento ed alle procedure concorsuali cc.dd. *minori*, in quanto i caratteri che le connotavano non incidavano sulla loro natura di società di diritto comune¹⁰².

3. L’esplosione del fenomeno delle società pubbliche e gli orientamenti della giurisprudenza.

La situazione si è complicata quando, a partire dalla metà degli anni ottanta, si è gonfiato a dismisura l’utilizzo della società pubblica, verosimilmente con l’intento di mantenere una “sacca” di privilegio¹⁰³, piuttosto che per «l’affermarsi della idea del mercato pienamente aperto alla concorrenza»¹⁰⁴. Il legislatore, in occasione della riforma delle norme del codice civile dedicate alle società e della legge fallimentare, non ha ripensato la scelta della loro riconducibilità, in linea generale, tra le società di diritto comune, neppure rimeditata con gli interventi realizzati negli anni compresi tra il 2006 ed il 2013, che hanno avuto lo scopo di assicurare una più snella conduzione amministrativa ed un risparmio di spese gestionali¹⁰⁵, evitando l’elusione di vincoli posti alla P.A., garantendo la concorrenza¹⁰⁶. Da ultimo, essi hanno limitato l’utilizzo

¹⁰¹ M.S.GIANNINI, *Le imprese pubbliche*, cit., 267.

¹⁰² Anche in relazione alla questione della possibilità per la P.A. di perseguire l’interesse pubblico attraverso una società avente personalità giuridica privata, uno dei più attenti studiosi della materia (A. ROSSI, *La società con partecipazione pubblica: problemi di gestione e di controllo*, in *Giudice ordinario ed enti pubblici economici: problemi di qualificazione, di giurisdizione e di responsabilità*, Quaderni di incontri di studio del C.s.m., Roma, 1982, 65), agli inizi degli anni ‘80, affermava che, «secondo la maggioranza della dottrina commercialistica (...), la P.A. allorché assume la veste di socio non può perseguire nell’ambito della società l’interesse pubblico, in quanto tale interesse rappresenta un fine estraneo alla società e, come tale, non è meritevole di tutela essendo contrario alla finalità sociale che è quella di realizzare il maggior lucro possibile», pur segnalando come la dottrina pubblicistica, «più sensibile alla problematica dell’interesse pubblico», fosse, invece, «portata ad ammettere una sua influenza nella società di cui la P.A. sia socia».

¹⁰³ «In deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza», F.FIMMANO’, *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 897.

¹⁰⁴ Così, F.G.SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 240.

¹⁰⁵ Il riferimento è all’art. 1, commi 465 e 466, della legge 27 dicembre 2006, n. 296; all’art. 3, commi 12-17 e 27-29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall’art. 18, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, dall’art. 71 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e dall’art. 19 del d.l. 1° luglio 2009, n. 79, come modificato dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102.

¹⁰⁶ Per l’identificazione di queste tre direttrici, M.FRACANZANI, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, relazione al convegno organizzato in Roma il 13 maggio 2009, da Assonime e

RELAZIONI A CONVEGNI

delle società pubbliche, senza escluderne (almeno, mai espressamente) la natura di soggetti di diritto privato, neppure nei casi di introduzione di regole derogatorie rispetto al diritto comune¹⁰⁷.

Contemporaneamente all'esplosione di questo fenomeno è venuto affermandosi «un diritto pretorio», espresso soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa e contabile, che, «muovendo dalla particolare natura del socio, ha esteso all'ente privato, alcuni istituti schiettamente pubblicistici»¹⁰⁸, specie in riferimento alla disciplina degli appalti, al controllo della Corte dei conti ed a taluni profili attinenti al riparto della giurisdizione. Non è qui possibile approfondire tali orientamenti e con le semplificazioni imposte dalle esigenze di sintesi va osservato che, almeno sino al 2011, i giudici amministrativi hanno non di rado riqualificato la società, ritenendone *tout court* la natura pubblica e ciò hanno fatto: muovendo dalla nozione di «organismo di diritto pubblico» posta dalla normativa comunitaria; valorizzando la sentenza n. 466 del 1993 della Corte costituzionale; reputando la forma societaria neutra ed il perseguimento di uno scopo pubblico compatibile con il fine societario lucrativo; valorizzando una serie di indici ritenuti significativi della deviazione dello schema dal modello *comune*¹⁰⁹. La natura privata della società è stata, invece, mantenuta ferma nell'ipotesi di esercizio di un'attività sostanzialmente commerciale¹¹⁰.

dall'Università Luiss "Guido Carli" di Roma su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it, 5; della seconda direttrice è espressivo l'art. 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, che ha esteso alle società che gestiscono servizi pubblici locali con proprietà pubblica totalitaria l'applicabilità dei principi concorsuali in materia di reclutamento del personale contenuti nell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 155; della terza l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, richiamato nella nota 26.

¹⁰⁷ Per questi interventi, cfr. le sentenze della Corte costituzionale riportate *infra*.

¹⁰⁸ G.ROMAGNOLI, *Il socio pubblico, le società di capitali e l'impresa: prospettive ed interferenze*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2008, II, 87.

¹⁰⁹ Per l'esame delle pronunce dei giudici amministrativi mi permetto di rinviare a L.SALVATO, *I requisiti di ammissione*, cit. Tra gli indici richiamati nel testo vanno ricordati: la modalità della costituzione ed il finanziamento della società; le regole del funzionamento del consiglio di amministrazione; i controlli esercitati sulla società; la disciplina dei poteri degli azionisti; i vincoli posti all'esercizio dell'attività, assunti tutti quali caratteri idonei a ritenerla funzionalizzata al perseguimento di finalità di interesse pubblico; la circostanza che, in virtù del controllo maggioritario dell'azionista pubblico, la società continua ad essere affidataria di rilevanti interessi pubblici; il perseguimento di finalità oggettivamente pubbliche e l'esercizio di un'attività in regime di concessione amministrativa, oppure di natura amministrativa e non di diritto privato; l'essere la società frutto di una trasformazione dalla forma di ente pubblico economico.

¹¹⁰ C. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2764.

RELAZIONI A CONVEGNI

La Corte di cassazione non è rimasta insensibile a questo approccio, sia pure con riguardo al tema della responsabilità degli organi sociali. L'orientamento della Corte «consolidato e fermissimo»¹¹¹ nell'affermare la giurisdizione del g.o. nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità per i danni recati agli enti pubblici economici dai loro amministratori e dipendenti mediante comportamenti riconducibili allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, nel 2003 ha accolto una nozione di P.A. comprensiva, per la prima volta, degli enti pubblici economici, estendendo l'ambito della responsabilità amministrativa per danno erariale nei confronti di amministratori e dipendenti¹¹². L'anno successivo, in relazione alla responsabilità degli amministratori e dipendenti di società il cui capitale sia detenuto, in tutto o in parte, da una P.A., la Corte regolatrice puntualizzò che, ai fini della costituzione del rapporto con il quale soggetti privati vengono funzionalmente inseriti nell'organizzazione amministrativa e partecipano delle relative attribuzioni, si prescinde dalla natura dell'atto di investitura e dalla natura giuridica del terzo che riceve l'investitura, non occorrendo, ai fini della giurisdizione, accertare se il danno sia subito in via diretta dalla società o dall'ente pubblico-socio, ciò appartenendo al merito della domanda¹¹³.

4. I recenti orientamenti della giurisprudenza sull'assoggettabilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali: la giurisprudenza di merito.

Sulla questione dell'assoggettabilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali, a partire dalla fine del decorso decennio, sono emersi nella giurisprudenza di merito due orientamenti contrapposti che l'hanno risolta attraverso altrettanti differenti approcci. Il primo, definito come «tipologico», a sua volta, è connotato da due diverse impostazioni: secondo alcune pronunce, nel senso dell'applicabilità della legge fallimentare è dirimente la qualificazione della natura privata della società, una volta che sia stata iscritta come tale nel registro delle imprese; altre pronunce reputano che debba aversi riguardo alla natura della società, ma ne ritengono ammissibile la riqualficazione, sottraendola, in presenza di determinati indici della natura

¹¹¹ A.CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in *Le responsabilità pubbliche (civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale)*, a cura di D.Sorace, Padova, 1998, 247

¹¹² Sul presupposto che si tratta di soggetti pubblici per definizione, istituiti per il raggiungimento di fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura: quel che conta non è più il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno ma il fatto che l'evento si verifichi in danno di una P.A., Cass., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667.

¹¹³ S.U. 26 febbraio 2004, n. 3899, che ha affermato la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità degli amministratori di una società partecipata in misura maggioritaria da un comune, che svolgeva un servizio pubblico (esercizio dei mercati annonari all'ingrosso).

RELAZIONI A CONVEGNI

pubblicistica, alla sfera del diritto privato ed alle procedure concorsuali. Il secondo approccio, cd. «*funzionale*», individua, invece, la disciplina giuridica applicabile a queste società, sulla base di una valutazione di compatibilità di quella di diritto comune con le specifiche norme di settore¹¹⁴.

Con l'approssimazione imposta dalla sintesi¹¹⁵, può osservarsi che le pronunce che privilegiano il metodo «*tipologico*», ma ritengono ammissibile la riqualificazione, valorizzano i seguenti argomenti: la sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993; l'ampiezza della nozione di «organismo pubblico» di matrice comunitaria; la rilevanza, nel senso della natura pubblica, delle eventuali limitazioni all'autonomia funzionale degli organi societari, delle peculiarità in ordine ai diritti dell'azionista e della provenienza pubblica delle risorse impiegate nello svolgimento dell'attività¹¹⁶. All'interno dell'orientamento incline a valorizzare la natura giuridica del soggetto si pongono le pronunce che non ritengono, tuttavia, ammissibile la riqualificazione e, conseguentemente, ne affermano l'assoggettamento alle procedure concorsuali¹¹⁷.

L'indirizzo che applica il criterio cd. «*funzionale*» procede dalla premessa del carattere non vincolante della qualificazione della società come soggetto di diritto privato e ritiene che la *ratio* dell'immunità dal fallimento prevista dall'art. 1, l.fall.

¹¹⁴ Per tale classificazione degli orientamenti, G.D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo* (nota a T. Napoli, 31 ottobre 2012), in *Fallimento*, 2013, 869; ID, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile* (nota a A. Torino, 15 febbraio 2010, A. Napoli, 15 luglio 2009, T. S.M. Capua Vetere, 22 luglio 2009), *ivi*, 2010, 689; ID, *Le società in mano pubblica possono fallire?* (nota a T. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009), *ivi*, 2009, 713; L.E. FIORANI, *Società «pubbliche» e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 532.

¹¹⁵ Per l'approfondimento degli orientamenti, cfr. gli AA richiamati nella nota che precede e, se si vuole, anche a L. SALVATO, *I requisiti di ammissione*, cit.

¹¹⁶ L'approccio tipologico è stato fatto proprio da T. S.M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, cit.; T. S.M. Capua Vetere, 22 luglio 2009, cit.; T. Patti, 6 marzo 2009 e T. Catania 26 marzo 2010, in www.ilcaso.it; T. Napoli, 31 ottobre 2012, cit.

¹¹⁷ Da ultimo, in tal senso, App. Napoli, 27 maggio 2013 e 24 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, 1290, con nota di F. FIMMANÒ, *La società in mano pubblica, anche se in house è soggetta alle procedure concorsuali*; in precedenza, T. Milano 22 giugno 2007, R.G. n. 141/07, inedita; A. Napoli, 15 luglio 2009, cit.; T. Palermo 11 febbraio 2010, cit. in L.SALVATO, *I requisiti di ammissione*, cit.; T. Nola, 17 giugno 2010, in www.ilcaso.it. Secondo T. S.M. Capua Vetere, 24 maggio 2011, in www.ilcaso.it, la s.p.a. con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne posseda in tutto o in parte le azioni; nondimeno, emerge qualche evidente incertezza, tenuto conto della precisazione che «le forme privatistiche di esercizio di impresa commerciale possono comportare eventuali questioni di qualificazione in termini di soggetto pubblico in capo all'ente partecipato da enti pubblici solo qualora l'aspetto gestionale e di attività della società risultassero completamente avulsi dalle regole e schemi del diritto commerciale, così da rappresentare la società un mero organo, articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa».

RELAZIONI A CONVEGNI

(identificata nell'incompatibilità della procedura con la paralisi dell'attività e, comunque, con la sostituzione, nella sua gestione, degli organi della procedura agli organi della società pubblica) permetta di riferirla alla società pubblica in presenza di due presupposti: il carattere di "necessità" del servizio svolto dalle medesime, che renderebbe incompatibile il fallimento con la tutela degli interessi pubblici, a causa del pregiudizio conseguente all'interruzione del servizio, neppure ovviabile mediante l'istituto dell'esercizio provvisorio; l'esistenza di un collegamento *forte* tra la società e l'ente di riferimento affidatario della cura dell'interesse oggetto dell'attività, identificato nei casi in cui il capitale sociale sia interamente posseduto da enti pubblici e la società svolga la propria attività in modo prevalente con l'ente pubblico che la controlla, anche in difetto delle condizioni del controllo *analogo* (quindi, al di fuori del *genus* delle società *in house*)¹¹⁸.

4.1. La giurisprudenza di legittimità.

La diversità delle soluzioni è, all'evidenza, lesiva dell'esigenza di certezza, rimasta immutata anche nell'epoca post-moderna, nella quale risulta anzi rafforzato il bisogno di nomofilachia, in quanto garanzia della sintesi imprescindibile a scongiurare disarmonie lesive del principio di eguaglianza. Questo obiettivo, dopo anni di incertezze, sembra conseguito grazie a due recenti sentenze della Corte di cassazione: la prima della fine del 2012¹¹⁹; la seconda dello scorso mese di settembre¹²⁰.

La prima pronuncia già era caratterizzata da univoche considerazioni espressive dell'accoglimento del criterio «tipologico», coniugato secondo il paradigma dell'inammissibilità della riqualificazione¹²¹, e dalla conferma che «le società costituite

¹¹⁸ Per l'utilizzazione di tale criterio, A. Torino 15 febbraio 2010, cit.

¹¹⁹ Sentenza 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fallimento*, 2013, 1273, con nota di L. Balestra, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*.

¹²⁰ Sentenza 27 settembre 2013, n. 22209.

¹²¹ In particolare, nelle parti in cui: ribadisce «il principio da tempo enunciato da questa Corte secondo il quale la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte»; precisa che «il rapporto tra la società e l'ente locale "è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali". Invero, la legge non prevede "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 (...). Dunque, la circostanza che nella fattispecie la fallita sia una società per azioni con partecipazione pubblica del Comune non muta la sua natura di soggetto di diritto privato»; afferma che s.p.a. «non perde la propria qualità di soggetto privato» per il fatto che: gestisce un servizio pubblico, riscuotendo una tariffa; sia partecipata da enti pubblici; i mutui dalla stessa contratti siano garantiti dallo

RELAZIONI A CONVEGNI

nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono 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, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale». Alcuni passaggi argomentativi potevano, tuttavia dare luogo a qualche dubbio, nella parte in cui avevano sottolineato l'importanza della mancata previsione di incisivi poteri del socio pubblico e della particolare destinazione dei ricavi ¹²² ed affrontato la questione della rilevanza del servizio oggetto dell'attività della società ¹²³.

La sentenza 27 settembre 2013, n. 2209, con esemplare lucidità ed incisività, ha fatto definitiva chiarezza, affermando: in primo luogo, che una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale ¹²⁴; in secondo luogo, che l'art. 4 della legge n. 70 del 1975, stabilendo che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, richiede che la qualità di ente pubblico, se non attribuita da una espressa norma, deve almeno essere desumibile da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco; in terzo luogo, che norme speciali concernenti la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono sul modo in cui

Stato; sia soggetta «al potere di vigilanza e di controllo, il cui esercizio radica la giurisdizione amministrativa», se questo «consiste nell'attività di verifica nella correttezza dell'espletamento del servizio e riguarda, pertanto, l'attività operativa del gestore e, quindi, nella fattispecie, della società (...) nei suoi rapporti con l'ente locale e con lo Stato e non certo i rapporti con terzi e la responsabilità che ne deriva per la società stessa»

¹²² Il riferimento è alle considerazioni che hanno valorizzato che la sentenza di merito aveva accertato che «non sono previsti poteri dei soci pubblici, tali da snaturare l'attività ed il funzionamento della società e dei suoi organi o da piegarli alla volontà dell'ente pubblico, attraverso un forte potere di ingerenza dello stesso» e che «non è previsto che, nel caso di scioglimento, la nomina del liquidatore sia riservata al socio pubblico. Infine, non vi sono patti parasociali conclusi allo scopo predetto».

¹²³ Affermando: «da ultimo va evidenziato che neppure l'applicazione del metodo c.d. "funzionale" giova alla tesi della società ricorrente perché, se la ratio della previsione della non fallibilità degli enti pubblici contenuta nella L. Fall., art. 1 consiste nella incompatibilità della procedura fallimentare, con il suo carattere di esecuzione generale ed il suo fine di tutela delle ragioni dei creditori, rispetto all'ordinaria attività dell'ente pubblico, che sarebbe paralizzato nella sua attività e, conseguentemente, impedito nel perseguimento del suo interesse pubblico, nella concreta fattispecie la corte di merito ha correttamente escluso - con accertamento in fatto adeguatamente giustificato - che si verta in materia di servizio pubblico essenziale».

¹²⁴ . Proprio dall'esistenza di specifiche normative di settore che, negli ambiti da esse delimitati, attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato, può ricavarsi a contrario, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica

RELAZIONI A CONVEGNI

essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica; in quarto luogo, che l'eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo non è 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; in quinto luogo, che nel nostro ordinamento, ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale rileva non il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto¹²⁵; in sesto luogo, che, una volta che il legislatore ha permesso di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, da ciò consegue l'assunzione dei rischi connessi all'insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza.

Si tratta di argomentazioni convincenti, per le ragioni sulle quali già mi sono soffermato in passato¹²⁶ e che sono in armonia con l'orientamento espresso dalla Corte di cassazione (ovviamente, a Sezioni Unite) in ordine alla questione del riparto di giurisdizione in tema di responsabilità degli organi sociali della società pubblica a partire dalla sentenza S.U. 19 dicembre 2009, n. 26806. Questa pronuncia - confermata dalla successiva giurisprudenza con qualche eccezione¹²⁷ - ha, infatti, rimeditato l'indirizzo espresso a partire dal 2003 ed ha negato la giurisdizione contabile in ordine all'azione di responsabilità proposta nei confronti degli amministratori e dei dipendenti della società partecipata per i danni ad essa arrecati.

I principali argomenti a conforto del principio sono così sintetizzabili: una tale società non perde la natura di soggetto privato per il solo fatto che il suo capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico¹²⁸; un rapporto di servizio può sussistere tra società ed ente pubblico, non tra quest'ultimo e gli amministratori della società; il danno a carico della società non è erariale perché non è imputabile direttamente all'ente pubblico-socio, stante la distinta personalità giuridica

¹²⁵ In quanto, se così non fosse si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale sarebbero esentate dal fallimento.

¹²⁶ Su gran parte degli argomenti svolti dalla sentenza mi ero, infatti, soffermato ed espresso in L. SALVATO, *I requisiti di ammissione*, cit., al quale, quindi, mi permetto di rinviare.

¹²⁷ Appaiono, infatti, inclini ad un'accezione estensiva della responsabilità amministrativa per danno erariale, S.U. 9 maggio 2011, n. 10063; 9 aprile 2010, n. 8429; 3 marzo 2010, n. 5032, attentamente esaminate dalla dottrina, per evidenziarne l'inidoneità a far ritenere che «l'impostazione fatta propria dalla sentenza n. 26806 del 2009 (...) sembra ormai penetrata nella giurisprudenza successiva», C.IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 641.

¹²⁸ Salvo nei casi di società caratterizzate da uno statuto giuridico speciale (come, ad esempio, la RAI), le quali hanno natura sostanzialmente pubblica.

RELAZIONI A CONVEGNI

e autonomia patrimoniale della società rispetto ai soci ¹²⁹; sul principio non incide l'art. 16-bis del d.l. n. 248 del 2007, convertito nella legge n. 31 del 2008; quando vi sono anche soci privati, è impossibile escludere la proponibilità degli ordinari strumenti di tutela approntati dal codice civile a beneficio della società (e dei soci privati, nonché eventualmente dei creditori); non v'è rischio di lacune nella tutela dell'interesse pubblico, in quanto l'azione di responsabilità può essere esercitata anche da una minoranza qualificata nella s.p.a. (art. 2393-bis c.c.) e da ciascun socio nella s.r.l. (art. 2476, comma terzo, c.c.) e, quindi, il socio pubblico può tutelare i propri interessi, se ciò non fa l'azione del procuratore contabile è esperibile nei confronti del rappresentante dell'ente pubblico rimasto inerte; restano salve le situazioni specifiche, relative alle società che, avendo uno statuto giuridico speciale, hanno natura sostanzialmente pubblica (come nel caso della RAI ¹³⁰).

Le ultime due sentenze in tema di assoggettabilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali sopra esaminate e quest'ultimo orientamento depongono, quindi, nel senso che, scelto lo strumento privatistico per lo svolgimento di una determinata attività, la qualità giuridica dell'azionista è irrilevante e, quindi, non può fondare l'immunità dal fallimento e dal concordato preventivo.

Questa conclusione va, tuttavia, ulteriormente valutata alla luce delle confuse sopravvenienze normative che negli ultimi due anni hanno interessato le società pubbliche e dei più recenti orientamenti della giurisprudenza anche amministrativa, anche se la diversità degli interessi tutelati impedisce l'automatico recepimento delle soluzioni accolte da quest'ultima. Inoltre, occorre considerare che sulla questione della responsabilità degli organi delle società pubbliche, di recente, l'ordinanza S.U. 3 maggio 2013, n. 10299, da un canto, ha ribadito l'orientamento inaugurato nel 2009; dall'altro, ha affermato che l'osservazione svolta dal procuratore contabile, per sollecitare una revisione dell'orientamento inaugurato nel 2009 almeno in relazione alle società *in house*, «non può trovare riscontro in questa sede, per l'assorbente ragione che lo statuto della (...) s.p.a., allegato agli atti di causa, non evidenzia caratteristiche di tal genere». Analogamente, l'ordinanza S.U. 5 aprile 2013, n. 8352, non ha accolto il rilievo che nella specie si trattava di una società *in house*, in relazione alla quale parimenti era stata chiesta la rimediazione del principio enunciato nel 2009, in quanto la «trasformazione» era «avvenuta in epoca successiva ai fatti di causa» e le attività della società, quali previste dallo statuto, costituivano «attività di impresa esercitate da

¹²⁹ Sebbene tale danno possa indirettamente ripercuotersi anche sui soci e sul valore della loro partecipazione, si tratta di un danno subito in via diretta dal patrimonio sociale della società alla quale soltanto spetta il risarcimento: a tal fine soccorre l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla società (art. 2393 c.c.) o dai soci e quindi anche dal socio pubblico (artt. 2393-bis e, per le s.r.l., 2476 co. 3 c.c.), a tutela dell'interesse sociale (che è ben diverso dall'interesse pubblico).

¹³⁰ S.U. 22 dicembre 2009, n. 27092.

RELAZIONI A CONVEGNI

qualsiasi categoria di società, e dirette all'erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza», tali «da non consentire neppure di inquadrare la STA fra gli organismi di diritto pubblico presi in considerazione da queste Sezioni Unite unitamente ad altri particolari indici rivelatori dell'esercizio di funzioni amministrative allorché è stata attribuita l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e funzionari di speciali società pubbliche, quali la RAI o l'ENAV, alla giurisdizione della Corte dei Conti».

Le pronunce sono significative, in quanto, benché abbiano confermato l'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 26806 del 2009, potrebbero preludere ad una differente impostazione e soluzione della questione in riferimento alle società *in house*¹³¹.

5. La riqualificazione della società pubblica nel più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa.

In altra occasione, ho cercato di dimostrare che la tesi favorevole alla riqualificazione della società, all'esito di un'operazione ermeneutica che realizza «una sostanziale rottura con il sistema dei rapporti tra diritto di fonte giurisprudenziale e diritto di fonte legale» stabilito nell'art. 101 Cost.¹³², non convince¹³³ e, dopo i recenti arresti della Corte di cassazione, in riferimento alla questione in esame è difficilmente sostenibile. Il più debole degli argomenti che la fonda è quello che enfatizza la nozione di «organismo di diritto pubblico». Il diritto comunitario e le norme interne che ne hanno dato attuazione escludono, infatti, che il carattere di diritto privato di un dato ente sia sufficiente a negarne la riconduzione a detta categoria, ai fini dell'applicabilità delle regole del codice dei lavori pubblici, ma non impongono di considerarlo tale ad ogni effetto.

Quando un soggetto giuridico svolge attività in contesti diversi deve osservare regimi giuridici differenti, ma un soggetto che, sotto alcuni profili, costituisce un organismo di diritto pubblico non è necessariamente tale in relazione ad ogni attività¹³⁴ e il diritto dell'UE non può essere richiamato, per applicare alle figure imprenditoriali aventi connotati pubblicistici conseguenze ulteriori rispetto a quelle dallo stesso previste¹³⁵.

L'approccio totalizzante è stato, forse, superato anche dal giudice amministrativo, con le sentenze che, di recente, hanno distinto le società pubbliche che

¹³¹ F.FIMMANO', *La giurisdizione sulle "società pubbliche"* (nota a Cass. S.U. 3 maggio 2013, n. 10299), in *Società*, 2013, 974.

¹³² F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 316.

¹³³ L.SALVATO, *I requisiti di ammissione*, cit.

¹³⁴ M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, cit., 72.

¹³⁵ G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in www.astrid-online.it.

RELAZIONI A CONVEGNI

svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa. In riferimento alle prime, si è ritenuto che, qualora la società svolga «una attività con metodo economico» (nel senso che la stessa deve garantire almeno la copertura dei costi con i ricavi), la stessa resta «assoggettata, sul piano sostanziale, allo statuto privatistico dell'imprenditore, con applicazione soltanto di alcune regole pubbliche quali, ad esempio, quelle che configurano la responsabilità amministrativa per danno erariale subito dai soggetti pubblici partecipanti». Le società pubbliche che svolgono attività amministrativa (tra le quali sono state ricondotte le società *in house*) in presenza di dati caratteri (puntualmente indicati) sono, invece, soggette allo statuto della pubblica amministrazione¹³⁶. Secondo queste pronunce, per stabilire quando ricorre l'una o l'altra ipotesi, occorre aver riguardo: «i) alle modalità di costituzione; ii) alla fase dell'organizzazione; iii) alla natura dell'attività svolta; iv) al fine perseguito»¹³⁷. L'attività svolta non è di impresa se «manca il carattere essenziale dell'assunzione del relativo rischio (cfr. artt. 2247 e 2082 Cod. civ.)» e la almeno tendenziale compensazione dei costi di produzione con i ricavi della cessione dei beni e dei servizi prodotti «rappresenta il contenuto minimo della economicità che deve caratterizzare l'impresa»¹³⁸.

Importante, infine, è anche la chiarificazione dell'Adunanza plenaria¹³⁹, secondo la quale, sul piano dell'interpretazione «storica», le imprese pubbliche, già sottratte al diritto dei pubblici appalti, vi sono state attratte limitatamente ai «settori speciali», e non in termini generali. Le imprese pubbliche sono imprese private sulle quali «le amministrazioni aggiudicatrici» esercitano direttamente o indirettamente un'influenza dominante e sono soggetti aggiudicatori con riguardo ai settori speciali e nei limiti stabiliti dalla parte terza del codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che per le attività e i servizi «estranei» agli stessi agisce come soggetto privato. L'ambito dei settori speciali è puntualmente determinato, va inteso in maniera restrittiva e l'assoggettamento dell'affidamento di un servizio alla disciplina per essi dettata non può essere desunto soltanto dal fatto che l'appalto sia affidato da un ente che opera in questi. La disciplina dei contratti pubblici per i settori speciali è, quindi, applicabile esclusivamente per gli affidamenti inerenti le attività «speciali» ed e ad esse riferibili. Quest'ultimo carattere difetta nel caso di appalto «aggiudicato per scopi diversi dall'esercizio delle specifiche missioni rientranti nei settori speciali e non legato a tali

¹³⁶ C. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

¹³⁷ C. Stato, sez. VI, Sent., 11 gennaio 2013, n. 122.

¹³⁸ Nella specie, escluso poiché i costi ordinari della società presa in esame, che costituiscono il capitale di gestione, sono coperti dalla detta provvista finanziaria ministeriale e perciò vi è esonero dall'onere di questa tendenziale compensazione.

¹³⁹ C. Stato, A.P. 1° agosto 2011, n. 16.

RELAZIONI A CONVEGNI

missioni da vincoli strumentali»¹⁴⁰ e, quindi, qualificato come “estraneo” all’ambito dell’azione della direttiva 2004/17/CE¹⁴¹.

6. Gli interventi normativi di settore e la giurisprudenza costituzionale.

Le sentenze del 2012 e del 2013 della Corte di cassazione sopra richiamate sono anche in sintonia con la giurisprudenza costituzionale, che neppure conforta la riqualificazione nei termini totalizzanti con i quali è stata talora sostenuta e, in particolare, non la avalla la sentenza a questo scopo più spesso richiamata¹⁴². Le successive pronunce, sottolineando che l’evoluzione dello Stato nell’epoca contemporanea ha condotto ad utilizzare, soprattutto nel campo dei servizi pubblici, moduli di azione e di organizzazione propri del diritto privato, imponendo di «distinguere ciò che pertiene all’area dei rapporti generali del diritto privato e ciò che concerne l’area dell’organizzazione pubblica regionale»¹⁴³ hanno significativamente affermato che, in relazione a tali società, resta ferma la competenza dello Stato per «gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica», non «esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche», che «comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato» e include «istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica»¹⁴⁴.

La sentenza 7 giugno 2012, n. 148, ha affermato che il divieto per i Comuni di costituire nuove società, ispirato allo «intento di assicurare un contenimento della spesa», è stato perseguito dal legislatore statale con «una norma che incide in modo permanente sul diritto societario (...) ricadente nella materia dell’ordinamento civile, di

¹⁴⁰ In tal senso, l’efficace sintesi di G.F.NICODEMO, *Imprese pubbliche: se l’appalto è “estraneo” ai settori speciali, la giurisdizione è del g.o.* (nota a C. Stato A.P. n. 16 del 2011), in *Urbanistica e appalti*, 2011, 1171.

¹⁴¹ Come chiarisce G.F.NICODEMO, *Imprese pubbliche*, cit., «il Consiglio di Stato spiega che nel *genus* degli appalti a cui non si applica la direttiva devono individuarsi due tipologie: gli appalti “esenti” e gli appalti “estranei”. Gli appalti “esenti” rientrano nell’ambito di intervento del codice, ma sono stati esentati dall’applicazione dello stesso ad opera della legge. Gli appalti “estranei” sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario».

¹⁴² Sentenza 28 dicembre 1993, n. 466. Per ragione di sintesi, per tale interpretazione della sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993, L.SALVATO, *I requisiti di ammissione*, cit.

¹⁴³ La sentenza 5 febbraio 1992, n. 35, ha affermato che la disciplina dei «rapporti interni alla struttura societaria, i quali, come tali, concernono i modi di essere dei soggetti privati» sono riservati al legislatore statale, attenendo al “diritto privato”. Irrilevante, nel senso della riqualificazione, è la sentenza 20 maggio 2008, n. 159, in quanto si è limitata a riconoscere che le società partecipate dalle regioni possono essere ricondotte anche alla materia regionale “organizzazione e funzionamento amministrativo” della regione.

¹⁴⁴ Sentenza 1° agosto 2008, n. 326, richiamando ben cinque sentenze della Corte, a conforto ed a dimostrazione del carattere consolidato del principio.

RELAZIONI A CONVEGNI

competenza esclusiva dello Stato». Da ultimo, la sentenza 23 luglio 2013, n. 229, ritornata sulla disciplina limitativa dell'utilizzo dello strumento societario da parte di Regioni ed enti locali ¹⁴⁵, dopo avere escluso la riferibilità della norma ai SPL, ha puntualizzato che l'art. 4, d.l. n. 95 del 2012 detta «una disciplina puntuale delle società pubbliche strumentali, che si aggiunge ai numerosi interventi del legislatore statale sulle medesime società, i quali, negli anni più recenti, ne hanno accentuato i profili di specialità rispetto al regime generale delle società di diritto comune». Si tratta, secondo la Corte, di una disciplina che mira, «da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione».

Di rilievo è, inoltre, che sono state ritenute immuni da vizi le norme concernenti la disciplina dei consigli di amministrazione di dette società, in quanto ascritte all'ordinamento civile.

In definitiva, la Corte costituzionale ha ricondotto le norme dirette a stabilire «i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato», «alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile» e «in materia di tutela della concorrenza» ¹⁴⁶, ritenendo applicabili segmenti di discipline pubblicistiche, senza procedere alla riqualificazione del soggetto come ente pubblico, mantenendo anzi ferma la competenza dello Stato in relazione a profili sintomatici della perdurante natura privata del medesimo ¹⁴⁷.

7. Il 'ritorno' al codice civile ed alla legge fallimentare.

Nel quadro di tali orientamenti, alla luce del più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, le premesse dalle quali muovere sono, in primo luogo, che di società di diritto speciale è possibile argomentare soltanto quando una disposizione legislativa introduca deroghe puntuali alle statuizioni del codice civile, non in presenza di «un'ordinaria società di capitali, in cui pubblico non è l'ente bensì il soggetto, o

¹⁴⁵ Art. 4, decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135, scrutinato dalla Corte tenendo conto delle modifiche introdotte alla norma dal decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, e dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228.

¹⁴⁶ Sentenza 1° agosto 2008, n. 326; in senso analogo, sentenza 8 maggio 2009, n. 148.

¹⁴⁷ A tale orientamento sono riconducibili le sentenze 12 febbraio 1996, n. 29, e 23 dicembre 2008, n. 439, concemente quest'ultima i presupposti per l'affidamento *in house*, nella parte in cui ha affermato che «le esigenze di tutela della concorrenza impongono di tenere distinto lo svolgimento di attività amministrativa posta in essere da una società di capitali per conto di una pubblica amministrazione dal libero svolgimento di attività di impresa», allo scopo di «evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione».

RELAZIONI A CONVEGNI

alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono»¹⁴⁸. In secondo luogo, che, se la società pubblica è stata costituita nell'osservanza della legge, secondo le forme e nei modi previsti dal codice civile, ha personalità giuridica privata e non è ammissibile una riqualificazione della stessa quale soggetto pubblico, in contrasto con la forma legittimamente assunta ed all'esito dell'esercizio di un potere di disapplicazione delle norme di dubbia legittimità.

La disposizione alla quale occorre avere riguardo resta, quindi, l'art. 1 l. fall.¹⁴⁹. Questa norma stabilisce quale presupposto soggettivo per l'assoggettamento al fallimento e al concordato preventivo il possesso della qualità di imprenditore commerciale di natura privata. Di tale natura non possibile dubitare, quando il legislatore abbia consentito lo svolgimento di una determinata attività mediante una società di diritto comune, che può costituire oggetto di una regolamentazione pubblicistica, o essere sottratta a quella di diritto comune, esclusivamente nei casi ed entro i limiti nei quali ciò sia stabilito dalle norme che quella attività disciplinano.

La questione è quella dell'identificazione delle condizioni necessarie per ritenere che la società pubblica svolga un'attività commerciale¹⁵⁰, con assunzione di rischio, rilevando a questo scopo l'oggetto e la modalità con cui la stessa è espletata¹⁵¹ e, quindi, i problemi sono ancora quelli tradizionali del diritto concorsuale. L'identificazione degli elementi necessari per ritenere che la società eserciti un'attività industriale o commerciale va effettuata avendo riguardo all'attività svolta, non alle esigenze che esse mira a soddisfare, significative ad altro fine¹⁵². Ciò che rileva è che

¹⁴⁸ F.FIMMANO', *Appunti in tema di società di gestione*, cit., 897.

¹⁴⁹ Come convincentemente affermato, di recente, da App. Napoli, 27 maggio 2013, 24 aprile 2013, cit.

¹⁵⁰ Presupposto correttamente sottolineato e valutato da T. Palermo, 11 febbraio 2010, cit.; T. Velletri, 8 marzo 2010, cit.

¹⁵¹ Tenendo conto che la Corte di giustizia ha offerto un'interpretazione restrittiva della nozione di "pubblica amministrazione" ed un'interpretazione estensiva della nozione di impresa e di attività economica fino a comprendervi, ad esempio, l'attività di collocamento; per riferimenti, G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, cit.

¹⁵² Il carattere dell'esigenza che l'attività mira a soddisfare rileva, invece, ai fini della nozione di "organismo pubblico", nella disciplina dei lavori pubblici (art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In relazione all'accertamento della natura dell'attività, ritengo utilmente richiamabili le acute considerazioni svolte, sia pure ad altri fini, da F. CINTIOLI, «*Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale*»: il bisogno o l'attività?, (*Brevi note sull'organismo di diritto pubblico*), in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2004, 87. Nel senso che è stato un espediente forzato quello della Corte di giustizia di riferire il termine "industriale o commerciale" ai bisogni, G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, cit.

RELAZIONI A CONVEGNI

l'attività sia espletata dalla società in difetto delle manifestazioni tipiche del potere d'imperio, che essa non agisca in veste di pubblica autorità e non si avvalga di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi, di poteri coercitivi sui privati¹⁵³. L'attività non deve, poi, avere ad oggetto la gestione di un servizio pubblico di carattere sociale¹⁵⁴, ma può consistere anche nella gestione di un servizio di interesse generale, se compatibile con l'applicabilità delle regole della concorrenza¹⁵⁵. La società deve operare in una situazione obiettiva di competizione, all'interno di un mercato concorrenziale, circostanza, all'evidenza, insussistente nei casi nei quali l'esistenza di un regime di esclusiva e/o di monopolio sottrae l'impresa alla competizione ed al rischio tipici del mercato, ovvero in presenza di elementi rilevanti a detto fine – come, peraltro, lo stesso orientamento favorevole alla riqualificazione sottolinea¹⁵⁶ –, oppure quando la società non svolge attività diretta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza¹⁵⁷.

Il ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco neppure richiede la riconsiderazione dell'equazione società=impresa, costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità¹⁵⁸ e, sul piano degli interessi, è di dubbia correttezza

¹⁵³ Sono questi gli elementi che, per il diritto comunitario, nell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, permettono di escludere la sussistenza di un'impresa, ai fini della disciplina della concorrenza, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 643.

¹⁵⁴ Per la negazione della nozione di impresa, con riguardo alla disciplina della concorrenza nel diritto comunitario, in riferimento allo svolgimento di un servizio di carattere sociale, Corte di giustizia, 22 gennaio 2002, C-218/00, *Soc. Cisa*, e 16 marzo 2004, C-264, 306, 354 e 355/01, *Aok Bundesverband*, concernenti l'attività svolta da organismi di previdenza.

¹⁵⁵ Corte di giustizia, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*, che ha fatto rientrare nella nozione di impresa un ente responsabile della raccolta delle Poste in Belgio, titolare di esclusiva nella raccolta, nel trasporto e nella distribuzione della posta.

¹⁵⁶ Secondo tale prospettiva, i presupposti concernenti l'affidamento *in house* possono, quindi, assumere rilievo, quando incidano, eventualmente, sul carattere commerciale dell'attività, influenzando sulla destinazione o meno dei prodotti e/o servizi al mercato, tenuto conto della rilevanza attribuita dalla Corte del Lussemburgo, ai fini di escludere la necessità della gara, sia alla nozione di «controllo analogo», sia alla circostanza che la «persona giuridica» oggetto del controllo, deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente, o gli enti, che la controllano, tra le molte, sentenze 19 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*; 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*. Al riguardo, va osservato che anche T.S.M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, cit., con una delle argomentazioni svolte, sottolinea la rilevanza della destinazione o meno al mercato dell'attività che, tuttavia, può rilevare ai fini dell'accertamento della qualità di imprenditore, non per la riqualificazione della società.

¹⁵⁷ Il riferimento è alle società alle quali è applicabile il divieto dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, oggetto della sentenza della Corte costituzionale 1° agosto 2008, n. 326.

¹⁵⁸ Ribadita, in riferimento al tema in esame, dalle due ultime sentenze richiamate nel testo. Di rilievo, in particolare, è l'affermazione contenuta in Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991, secondo

RELAZIONI A CONVEGNI

l'enfaticizzazione di quello pubblico, coinvolto dall'attività della società, al punto da far evaporare quelli ulteriori coinvolti dalla stessa. La scelta del legislatore di permettere l'esercizio di una data attività ad un soggetto costituito come società di diritto comune concerne anche la compatibilità con essa della natura dell'ente. In tale veste la società, di diritto privato, contrae una serie di rapporti con un'ampia gamma di soggetti (dipendenti, fornitori, finanziatori, consumatori). A questi soggetti, pena la violazione dei principi di eguaglianza e di affidamento, spetta la facoltà di avvalersi di tutti gli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico nel caso di insolvenza del debitore che sia imprenditore commerciale, anche di quelli costituiti dal fallimento e dal concordato preventivo. La sottrazione ai creditori del rimedio dell'esecuzione concorsuale deve fare i conti sia con la questione dell'equipollenza della stessa e dell'esecuzione singolare, sia con la tendenziale inidoneità del secondo a garantire la *par condicio creditorum*. Sul piano degli interessi in gioco, viene poi in rilievo la tutela 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. Una volta che il legislatore ha permesso ad una società di diritto comune di svolgere con tale veste una determinata attività, essa deve operare nel rispetto delle regole del mercato, senza godere di privilegi ed immunità fondati su elementi di ordine soggettivo.

Per altro verso, la corretta identificazione degli interessi impone di considerare che la sottrazione di determinate società al fallimento e al concordato preventivo può costituire un pregiudizio, tenuto conto della finalizzazione delle procedure anche a garantire il salvataggio dell'azienda e la prosecuzione dell'attività.

In tale contesto, la connotazione pubblica dell'interesse sotteso all'attività svolta dalla società, ovvero il carattere "necessario" del servizio o la valenza dello stesso di servizio pubblico essenziale¹⁵⁹ che, in presenza degli indici sopra indicati, ne imporrebbero la continuità di svolgimento, non sono appaganti per giustificare l'esenzione dalle procedure concorsuali. La "necessità", ovvero la "essenzialità" del servizio, in quanto destinato al soddisfacimento di bisogni collettivi, è anzitutto indeterminata; comunque, può rivelarsi, allo stesso tempo, troppo ampia e troppo ristretta ed anche incoerente rispetto alle ragioni dell'applicabilità del fallimento e del concordato preventivo (e delle procedure di composizione concordata delle crisi previste dalla legge fallimentare) ed alla corretta tutela del complesso di interessi dalle stesse presidiate. Inoltre, la modifica della disciplina dell'amministrazione straordinaria

la quale, «le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono 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, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa».

¹⁵⁹ Alla quale pure fa cenno Cass. 6 dicembre 2012, n. 21991.

RELAZIONI A CONVEGNI

delle grandi imprese in stato di insolvenza, introducendo una particolare forma di ammissione a detta procedura da parte delle società operanti nei servizi pubblici essenziali, dimostra che, per espressa opzione del legislatore, neppure sussiste un'ontologica incompatibilità tra svolgimento di tali servizi ed assoggettabilità alle procedure qui in questione ¹⁶⁰.

Dopo i due ultimi interventi chiarificatori della Corte di cassazione (nel 2012 e nel 2013) la questione che residua è ancora quella, *classica*, dell'identificazione dell'imprenditore commerciale e della perdurante attualità di una nozione di scopo di lucro in senso meramente oggettivo che, se coincidente con quella di economicità, può risultare inidonea ad esprimere una ragione di assoggettamento alle procedure in esame. Si tratta, allora, di approfondire se sia valorizzabile l'intento di realizzare e distribuire un utile tra i soci, evidentemente inesistente quando, per espressa previsione statutaria, ovvero per la concreta prassi seguita, «la società non si prefigge di distribuire gli utili e non avverte perciò la “pressione” degli azionisti o quando, pur avendo questo scopo, può fruire di risorse esterne provenienti dall'amministrazione», e cioè, quando «non “sconta” un vero rischio di impresa nella sua azione quotidiana» ¹⁶¹.

Le deviazioni dalla disciplina generale possono, quindi, assumere rilievo se ed in quanto influiscano sulla qualità di imprenditore commerciale, ma per ragioni non correlate ad un'impossibile riqualificazione del soggetto. A questo scopo, è opportuno esaminare i principali *tipi* ¹⁶² nei quali si articolano le società pubbliche e vanno

¹⁶⁰ Cfr. art. 1, comma 1-*bis*, del d.l. 28 agosto 2008 n. 134, nel testo modificato dalla legge di conversione 27 ottobre 2008, n. 166, che ha introdotto nell'art. 27, comma 2, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, (avente ad oggetto la disciplina delle condizioni di ammissione alla procedura) la lettera b-*bis*), in virtù della quale, il risultato del recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali può essere realizzato «per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno («programma di cessione dei complessi di beni e contratti»)»; la norma è stata convincentemente valorizzata da App. Napoli, 27 maggio 2013, cit.; v. anche l'art. 1, comma 3, di detto d.l., che ha modificato l'art. 2, comma 2, del d.l. 3 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, introducendo un periodo concernente l'ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, la nomina del commissario straordinario, nonché il comma 13-*bis* di detto art. 1, che stabilisce: «Il rinvio operato dalle disposizioni del presente decreto nonché da quelle del decreto-legge n. 347 e del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, all'articolo 27, comma 2, lettera a) ovvero lettera b), del medesimo decreto legislativo n. 270 si intende operato anche alla lettera b-*bis*) del medesimo comma».

¹⁶¹ F. CINTIOLI, «Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?», cit., 89.

¹⁶² Il sostantivo, ovviamente, non è utilizzato nell'accezione tecnica propria del diritto societario.

RELAZIONI A CONVEGNI

menzionate anzitutto le società cc.dd. *strumentali*, e cioè quelle identificate dall'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223¹⁶³, come le società che svolgono attività rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società, con funzioni di supporto delle amministrazioni pubbliche, quindi destinata essenzialmente alla P.A., differenziandosi per questo profilo dalle società che gestiscono i SPL¹⁶⁴. Si tratta di società con oggetto sociale esclusivo¹⁶⁵, «fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici». La disciplina che le concerne mira ad «evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione»¹⁶⁶. Per tale ragione il legislatore ha vietato alle stesse l'attività cd. *extra moenia* e, quando ciò accada, potrebbe essere necessario riflettere sull'esistenza degli elementi imprescindibili per l'assunzione della qualità di imprenditore commerciale.

L'art. 3, comma 27, legge 24 dicembre 2007, n. 244¹⁶⁷, non identifica, invece, una particolare tipologia di società pubblica, ma si limita a stabilire un divieto generale

¹⁶³ Convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248. La norma, nei primi due commi, stabilisce; «1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, *non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati*, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti .2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.» I due successivi commi recano disposizioni dirette ad assicurare l'effettività delle prescrizioni così stabilite.

¹⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012; sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346; sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766.

¹⁶⁵ Cons. Stato, A.P. 3 marzo 2008, n. 1.

¹⁶⁶ Sent. 1° agosto, 2008, n. 326.

¹⁶⁷ Il quale stabilisce: «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente

RELAZIONI A CONVEGNI

di coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche in società di capitali che abbiano per oggetto la produzione di beni e servizi non necessari al perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni stesse. La norma, ha sottolineato la Corte costituzionale, mira ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale, al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, scongiurando una commistione non irragionevolmente ritenuta pregiudizievole della concorrenza¹⁶⁸. Ne consegue che si tratta di società che svolgono attività non ontologicamente in contrasto con quella che fa sorgere la qualità di imprenditore commerciale, il cui acquisto neppure è impedito dal possesso di partecipazioni in tali società da parte di soggetti pubblici.

Di scarso rilievo appaiono, infine, sia le norme che nel 2010 hanno inteso porre un freno all'utilizzo dello strumento societario da parte dei Comuni¹⁶⁹, sia il complesso intervento realizzato in sede di *spending review* nel 2012¹⁷⁰, con norma che, in parte, ha avuto vita breve, in parte è andata immune dalle censure di costituzionalità sollevate da numerose Regioni¹⁷¹.

Restano, da ultimo, le società *in house*, espressione che identifica una modalità dell'autoproduzione pubblica, caratterizzata dall'essere realizzata non mediante un servizio "interno" alla P.A., bensì attraverso un ente distinto da questa controllato (da sola o congiuntamente ad altre P.A.), ovvero mediante un rapporto contrattuale con altri soggetti pubblici. Il concetto di "*controllo analogo*" - quale elaborato, al fine di identificare il *genus*, dalla Corte di giustizia partendo dal caso *Teckal*¹⁷², e precisato in

partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza».

¹⁶⁸ Sent. 8 maggio 2009, n. 148.

¹⁶⁹ L'art. 14, comma 32, decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, concernente la messa in liquidazione ed il divieto di costituzione di società da parte dei Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, stabilita con una norma che, secondo la Corte costituzionale, incide in modo permanente sul diritto societario, ricadente nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato, sent. 7 giugno 2012, n. 148.

¹⁷⁰ Il riferimento è a quella sorta di norma *monstre* costituita dall'art. 4, decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 4 agosto 2012, n. 135.

¹⁷¹ Sentenza 23 luglio 2013, n. 229.

¹⁷² Sentenza 18 novembre 1999, C 107/98.

RELAZIONI A CONVEGNI

successive pronunce - è stringente, in quanto richiede che: la totalità del capitale sia nelle mani pubbliche ed un controllo congiunto (nel caso di pluralità di enti pubblici che la partecipano), strutturale e sull'attività¹⁷³, insussistente nel caso di «società ad economia mista»¹⁷⁴; «una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» della società¹⁷⁵, con conseguente insufficienza del controllo della gestione *a posteriori*¹⁷⁶ ed incompatibilità con esso della titolarità da parte del consiglio di amministrazione di ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma¹⁷⁷; la realizzazione della «parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»¹⁷⁸, occorrendo che «le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione»¹⁷⁹.

L'impresa affidataria non deve, inoltre, avere «acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico» e tale vocazione può risultare, «tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero»¹⁸⁰. Infine, «risulta parimenti ininfluente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni»¹⁸¹, essendo rilevante, nel caso di società partecipata da più enti pubblici, la limitazione dell'attività al territorio di detti enti¹⁸².

Nonostante tali e tanti elementi di specialità, per le società *in house* la questione sembrerebbe identica a quella che si pone in generale per le società cc.dd. pubbliche.

¹⁷³ Sentenze 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano-Coname*; 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA*; 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales-Asemfo*; 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA*.

¹⁷⁴ Sentenza 8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione c. Italia*.

¹⁷⁵ Sentenze 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea Srl*; 13 novembre 2008, C-324/07; 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA* e 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*.

¹⁷⁶ Salvo che, da un canto, le pubbliche autorità verifichino «non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità»; dall'altro, le stesse autorità siano «autorizzate a visitare i locali e gli impianti aziendali del suddetto organismo e a riferire sul risultato di tali verifiche a un ente locale che detenga, tramite un'altra società, il capitale dell'organismo di cui trattasi» Sentenza 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH*.

¹⁷⁷ Sentenza 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA*.

¹⁷⁸ Sentenza 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA*.

¹⁷⁹ Sentenza 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA*.

¹⁸⁰ Sentenza 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling*; analogamente, sentenza 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*.

¹⁸¹ Sentenza 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA*.

¹⁸² Sentenza 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea Srl*.

RELAZIONI A CONVEGNI

Anche esse, come tutte le altre riconducibili a questo *genus* indeterminato, sono, infatti, iscritte nel registro delle imprese come società, non come “enti pubblici” o “semi-amministrazioni”». Dichiarata tale natura ai terzi, esse suscitano un affidamento che sarebbe disatteso se le norme codicistiche risultassero disapplicabili a favore della giurisdizione contabile e l’eventuale partecipazione totalitaria da parte dell’ente pubblico è irrilevante, in quanto non fa venire meno l’esigenza di tutelare i creditori sociali ¹⁸³.

Certo non è possibile ignorare la distorsione conseguente al fatto che la società per azioni, per definizione, non dovrebbe essere idonea alla configurazione del controllo analogo nei rigorosi termini richiesti dalla Corte di giustizia, dato che, sul piano del diritto societario, tale controllo sembrerebbe in contrasto con le regole civilistiche. Nella fenomenologia *in house*, la società diviene, quindi, un mero nome, evocativo di una categoria, non di un regime giuridico. La società «non è più un istituto dotato di specifiche caratteristiche e collegato ad uno specifico regime giuridico, ma si trasforma in un dato meramente formale, manipolabile a piacere e all’infinito. Si inverte, inoltre il rapporto fra regola ed eccezione, perché la disciplina del codice civile diviene meramente residuale, mentre le norme speciali dettate per ciascuna società pubblica vengono messe in primo piano e divengono decisive per individuare la disciplina applicabile» ¹⁸⁴. Tuttavia, se così è, il contrasto con le regole civilistiche potrebbe condurre a prefigurare possibili responsabilità a carico di coloro ai quali tale violazione sia imputabile, ma neanche sembrerebbe idoneo ad incidere sulla valutazione da svolgere al fine di accertare la qualità di imprenditore commerciale della società.

¹⁸³ C.IBBA, *Responsabilità degli amministratori*, cit., 648.

¹⁸⁴ F.FIMMANO’, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, cit.

LE SOCIETÀ PARTECIPATE PUBBLICHE: CONCORRENTI PROFILI DI RESPONSABILITÀ CIVILE, AMMINISTRATIVA E CONTABILE, NEI CASI DI CRISI E DI INSOLVENZA

L'Autore, dopo aver illustrato brevemente il ruolo della Corte dei Conti rispetto alle società partecipate pubbliche, con riferimento a queste ultime analizza i profili di responsabilità civile, amministrativa e contabile nelle ipotesi di crisi e di insolvenza.

di CORRADO CROCI

1. – Premessa. Il ruolo, in generale, della Corte dei Conti rispetto alle società partecipate pubbliche.

Le tematiche della crisi e dell'insolvenza delle partecipate pubbliche, a livello locale come a livello nazionale, vengono conosciute e trattate dalla Magistratura contabile nella sua duplice funzione di organo di controllo della Finanza pubblica e di giudice speciale nelle materie della contabilità pubblica, di cui è titolare secondo Costituzione (artt. 100, 2° co., e 103, 2° co., Cost.).

In ciascuno dei due ruoli, di controllo e di giurisdizione, la Corte dei Conti affronta il problema in una diversa ottica e prospettiva.

Escludendo dal presente lavoro gli enti, anche in forma societaria, cui lo Stato contribuisce in via ordinaria¹⁸⁵, nell'esercizio delle funzioni di controllo, che la Corte svolge solo di riflesso sulle società in mano pubblica come strumenti di realizzazione dei programmi e delle politiche delle Pubbliche Amministrazioni sottoposte al suo sindacato a norma dell'art. 3 l. 20/94¹⁸⁶, le situazioni problematiche sono intercettate, per così dire, *in fieri*, attraverso l'esame dei bilanci e della gestione finanziaria del socio pubblico, con un'attività di verifica che è stata decisamente rafforzata, da ultimo, con il d.l. n. 174/2012.

¹⁸⁵ Il controllo è, in tali casi, regolato dalla l. 259/58, attuativa dell'art. 100, 2° co., Cost.

¹⁸⁶ Corte Conti, Sez. Riunite Controllo, 5.07.2001, n. 16, in *Giornale Dir. Amm.*, 2002, 4, 425.

RELAZIONI A CONVEGNI

Nella giurisdizione, il sindacato del giudice contabile può intervenire ed interviene solo dopo che il danno si è prodotto, e dunque quando le criticità sono ormai divenute patologia.

Nel controllo, si debbono individuare preventivamente le possibili cause di crisi delle società pubbliche e segnalare le misure cui il socio pubblico deve uniformarsi per ripristinare una corretta conduzione dell'attività sociale, intervenendo sulle situazioni di cattiva gestione prima che esse portino al dissesto o che comunque finiscano col condizionare negativamente gli equilibri economico-finanziari degli enti proprietari e il rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Nella giurisdizione, l'azione repressiva del P.M. contabile si dirige, più in generale (o dovrebbe dirigersi, perchè c'è un problema di giurisdizione, che si affronterà di seguito), su qualunque situazione di *mala gestio* della società pubblica dalla quale derivi un nocumento patrimoniale per l'ente proprietario, a prescindere dall'insolvenza vera e propria.

2. – L'attività di controllo della Corte dei Conti sulle società pubbliche.

L'attività di controllo sulle partecipate, che la Corte svolge come controllo *successivo sulla gestione*, si incentra sull'esame contabile ed economico dei bilanci.

La lettura contabile permette di scoprire quegli elementi sintomatici di situazioni di dissesto o di crisi in genere, che corrispondono ad espedienti surrettiziamente utilizzati dal socio pubblico per mascherare o edulcorare la reale condizione economica della controllata. Lo scorretto utilizzo della discrezionalità nelle stime patrimoniali, in violazione degli obblighi comunitari di trasparenza nelle relazioni finanziarie tra gli Stati e le imprese pubbliche, o di trasparenza interna alle imprese, pubbliche o private, beneficiarie di provvidenze o di risorse pubbliche (cfr. direttiva della Commissione CE 16.11.2006, n. 06/111), costituisce il mezzo per il socio pubblico per differire nel tempo gli obblighi di intervento e i relativi costi, anche sociali, in nome di ragioni politiche contingenti, magari legate all'imminenza di una scadenza elettorale.

La lettura economica dei bilanci consente di valutare la economicità della gestione, che è, bensì, un criterio gestionale valevole per tutte le Pubbliche Amministrazioni (art. 1 l. proc. amm.), ma che assume un significato particolare per le società pubbliche che gestiscono pubblici servizi di rilevanza economica.

Qui, infatti, se si considera la nozione stessa di servizio pubblico di rilevanza economica, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁸⁷, e che si rifà alla nozione

¹⁸⁷ Per tutti, DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Riccardo Villata, Torino, 2011, 12 ss. La nozione di "servizio pubblico locale di rilevanza industriale" è stata introdotta dall'art. 35 l. 448/2001 (l. fin. 2002), rinviando ad un successivo regolamento di esecuzione l'elencazione esaustiva dei servizi. Con l'art. 14 d.l. 269/2003, conv. in l. 326/2003,

RELAZIONI A CONVEGNI

contenuta nell'art. 2082 c.c. dell'attività di imprenditore, la economicità della gestione andrebbe intesa come conduzione dell'attività in modo economicamente proficuo, con la produzione di un reddito ed una (almeno potenziale) capacità di autosufficienza economica¹⁸⁸: cioè a dire, il servizio è gestito in modo economico se vi è un corretto equilibrio tra il costo industriale delle prestazioni e i relativi ricavi, restando il finanziamento pubblico limitato ai soli costi "sociali" dell'attività, come forma di integrazione da parte dell'amministrazione concedente dell'utile d'impresa prodotto con la cessione dei beni o servizi a tariffa piena per la differenza, non altrimenti recuperabile, sul costo del servizio stesso¹⁸⁹. Si tratta dello schema delineato, in linea generale, dall'art. 30, co. 2, d.lgs. 163/2006 per i contratti di concessione di pubblico servizio, nei quali il corrispettivo per il concessionario è rappresentato, oltre che dalla gestione, anche da un prezzo pagato *in aggiunta* dall'Amministrazione concedente, qualora al concessionario venga imposto di praticare prezzi inferiori ai valori di mercato, o gli sia necessario ad assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

La diseconomicità della gestione, ossia lo squilibrio sistematico tra i proventi dell'esercizio dell'attività e le risorse destinate dall'ente proprietario alla socialità del servizio, da un lato, e i costi industriali dello stesso, dall'altro, determina uno squilibrio del rapporto tra il socio pubblico e la società partecipata affidataria del servizio, e conduce, col tempo, alla erosione del capitale e, infine, all'insolvenza, se il socio pubblico non interviene con misure straordinarie, peraltro con effetti *una tantum*.

il "servizio di rilevanza industriale" è stato sostituito dal "servizio di rilevanza economica", affidandosi all'interprete, e non più ad una fonte secondaria, il compito di interpretare la locuzione.

¹⁸⁸ La qualificazione come "servizio di rilevanza economica", fondata sulla potenziale redditività del servizio, prescinde dalla denominazione prescelta dall'amministrazione o addirittura dalle modalità antieconomiche con cui il servizio stesso è stato, nel concreto, gestito. Sono stati, in particolare, ritenuti di rilevanza economica in quanto potenzialmente capaci di generare un reddito d'impresa, per le condizioni concrete in cui il servizio avrebbe dovuto essere prestato, i servizi di gestione di un impianto natatorio comunale, benché l'amministrazione operasse in modo non economico praticando tariffe di particolare favore per favorire le classi più disagiate (Cons. Stato, V, 27.08.2009, n. 5097); il servizio di alloggio, centro educativo e mensa sociale per i minori (Id., V, 20.08.2006, n. 5072); e il servizio di illuminazione elettrica di aree cimiteriali (Id., V, 14.04.2008, n. 1600).

I casi citati sono riportati da DELSIGNORE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁹ Lo rileva CAROSI, *Crisi e insolvenza delle partecipate pubbliche ed i riflessi sul bilancio dello Stato e degli altri enti proprietari*, in FIMMANO', *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011, 584 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

La crisi economica, la penuria di risorse e i sempre più stringenti vincoli imposti dall'osservanza del patto di stabilità interno hanno reso sempre più rara e difficoltosa l'adozione di tali misure straordinarie, per garantire la continuità del servizio; e se per le società partecipate dallo Stato, la forza del socio pubblico può ancora influenzare la gestione dei rapporti con i creditori, tale situazione non può dirsi per le società partecipate dagli enti locali, che difficilmente possono farsi scudo della sola presenza, nella propria compagine sociale, come socio maggioritario o totalitario, di una Pubblica Amministrazione¹⁹⁰.

La verifica di una corretta ed equilibrata dinamica prestazioni-corrispettivi e prezzo pagato in aggiunta dall'Amministrazione per la gestione del servizio di rilevanza economica diviene, dunque, un compito fondamentale nell'attività di controllo svolta dal Magistrato contabile, ma può avere dei riflessi anche nell'ambito della giurisdizione. Ed infatti, il riscontro di una situazione di sistematico disequilibrio tra costi e ricavi nella gestione del servizio porterebbe, in un primo tempo, alla richiesta di misure correttive rivolta al socio pubblico controllante da parte della competente Sezione di controllo della Corte; in un secondo momento, tale situazione, quando abbia portato all'insolvenza od alla crisi della società controllata, con danno ai creditori e agli eventuali soci di minoranza, potrebbe assumere rilievo come ipotesi di responsabilità dell'ente controllante, e, in solido con esso, come soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo, dei suoi amministratori per abuso di eterodirezione ai sensi dell'art. 2497 c.c., essendosi in presenza di una conduzione imposta dal socio pubblico di maggioranza o totalitario nell'interesse proprio esclusivo e contraria ad una sana e corretta gestione imprenditoriale; od ancora, nei casi dell'*in house providing*, alla luce del più recente arresto delle Sezioni Unite della Cassazione, come ipotesi di responsabilità erariale *diretta* degli amministratori della controllata¹⁹¹.

3. – Cattiva gestione della società pubblica e giurisdizione contabile. Il giudizio di conto. Responsabilità amministrativo-contabile e società *in house*.

In presenza di una *mala gestio* della società in mano pubblica, che generi di riflesso un danno per l'ente proprietario, anche se non si concreta in uno stato di insolvenza della società, viene coinvolta la giurisdizione contabile attraverso gli istituti della responsabilità amministrativa e del giudizio di conto.

3.1 – L'intervento della Corte dei conti sulle società pubbliche con il giudizio di conto (o il giudizio di resa di conto, se la società non rispetta l'obbligo di resa di conto come agente contabile) ha, invero, una portata alquanto limitata, riguardando le attività poste in essere dalla società in mano pubblica in qualità di agente contabile nella

¹⁹⁰ CAROSI, *op. loc. ult. cit*

¹⁹¹ Sul tema, v, oltre, § 3.3.

RELAZIONI A CONVEGNI

riscossione, custodia e gestione di proventi finalizzati alla cura di interessi pubblici o aventi natura di entrate pubbliche.

La giurisdizione di conto del Giudice contabile è stata, ad es., affermata per la riscossione e gestione dei proventi della sosta a pagamento, demandata alla società concessionaria di gestione da parte dell'ente locale¹⁹².

Sulla qualità di agente contabile incide evidentemente il modo con cui viene regolato, nel contratto di servizio, il sistema di riscossione dei proventi della gestione del servizio stesso. Il contratto può prevedere lo svolgimento del servizio con la diretta riscossione delle tariffe, come forma di remunerazione, in tutto o in parte, dell'attività di erogazione svolta, e dunque con lo sfruttamento diretto dei proventi della gestione e con assunzione del relativo rischio d'impresa; ovvero, può prevedere la remunerazione del servizio a misura, in relazione a proventi tariffari attribuiti all'ente committente, e dunque con la riscossione del prezzo da parte della società concessionaria e il loro riversamento, in parte, nelle casse dell'ente pubblico affidante. Nel primo caso, la società non è agente contabile, perché riscuote il prezzo del servizio come corrispettivo integrale della sua erogazione; nel secondo caso, la società opera *anche* come collettore di somme per conto dell'ente concedente, ed è quindi tenuta all'obbligo di resa del conto ed è soggetta a responsabilità contabile verso l'ente pubblico.

L'insolvenza della società partecipata può, dunque, emergere nell'ambito di un giudizio di conto come fonte di (potenziale) conflitto di giurisdizione tra l'accertamento delle somme non riversate alle casse dell'Amministrazione concedente dalla società concessionaria e la sua conseguente condanna, devoluti alla magistratura contabile ai sensi dell'art. 44 r.d. 1214/34 attraverso, appunto, il giudizio di conto, e la partecipazione dell'amministrazione concedente, in qualità di creditrice di quelle somme, al concorso apertosi sul patrimonio della società insolvente, che rimane devoluto agli organi della procedura¹⁹³.

Si tratta, peraltro, di una problematica che prescinde dalla natura pubblica o privata del soggetto gestore del servizio che assume la qualifica di agente contabile

¹⁹² Cass., Sez. Unite, 2.07.2004, n. 12192.

¹⁹³ La soluzione dovrebbe essere l'ammissione del credito al passivo con riserva di accertamento da parte della Corte dei Conti (che conserverebbe, quindi, la sua giurisdizione speciale sull'*an* e sul *quantum*), considerando il credito verso l'agente contabile sottoposto a procedura concorsuale alla stregua di un credito condizionale – come da tempo si è detto per i crediti tributari verso il fallito, contestati dinanzi al giudice tributario o, analogamente, per i crediti risarcitori da responsabilità per danno erariale.

In questo senso, v. Corte Conti, Sez. Giur. Piemonte (sent.-ord.), 22.05.2013, n. 100, riferita al caso di un agente contabile in amministrazione straordinaria ex d.l. 347/2003.

RELAZIONI A CONVEGNI

dell'ente pubblico affidante; e che quindi prescinde dai problemi sulla fallibilità o meno, e a quali condizioni, delle società in mano pubblica.

3.2 – Assai più articolata e complessa, è la tematica della responsabilità amministrativa nei casi di crisi e di insolvenza delle partecipate pubbliche.

L'esatta ricostruzione della natura, di persona giuridica pubblica o di diritto privato, di tali società incide, evidentemente, sulle tipologie di responsabilità che si possono configurare e, di conseguenza, sull'individuazione del giudice chiamato ad accertarle, nonché sui soggetti sui quali ricade la responsabilità, se si tratta degli amministratori delle società stesse o gli amministratori dell'ente pubblico socio: e proprio per le società in mano pubblica sussistono profili concorrenti, spesso intrecciati tra loro, di responsabilità civile-societaria e di responsabilità amministrativo-contabili.

Ora, l'orientamento assunto dalla Cassazione nel riparto di giurisdizione, a partire dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 26806 del 19.12.2009 e tralatiziamente seguito dalle pronunce successive, può essere così sintetizzato.

a) Le società partecipate da un ente pubblico non perdono la loro natura di soggetti di diritto privato per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, o – valutata la questione sotto una diversa prospettiva - perchè un ente pubblico ne possieda, in tutto o in parte, le quote e possa, quindi, influenzare le scelte organizzative ed operative della società: si deve, infatti, in questo caso distinguere la sfera di azione giuridicamente riferibile alle società o ai loro organi, che resta regolata dal diritto comune, dalle situazioni giuridicamente riferibili all'Ente pubblico e/o ai suoi organi, che sono invece regolate dal diritto amministrativo¹⁹⁴. Già in precedenza, la S.C. aveva ritenuto la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c. astrattamente compatibile con la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito da una Pubblica Amministrazione, dal momento che tale interesse che fa capo al socio pubblico assumerebbe un rilievo esclusivamente extra sociale, e non inciderebbe sulla causa del contratto associativo determinando l'emersione di un tipo sociale a sé, distinto dalle comuni società di diritto privato¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Cass., Sez. Unite, 4.03.2009, n. 5161; Id., Sez. Unite, 15.04.2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726.

¹⁹⁵ Sul tema, cfr. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2005, 87 ss., per il quale la causa lucrativa sussiste in relazione alla potenziale capacità dell'attività sociale di gestione del pubblico servizio di produrre un utile.

La (almeno tendenziale) capacità di generare profitti dalla gestione del servizio pubblico di rilevanza economica trova un riconoscimento normativo, a livello locale, nell'art. 117 T.U.E.L., laddove prevede che la tariffa del servizio venga stabilita dall'ente concedente in modo da garantire “l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato” – quale criterio *ulteriore* rispetto alla garanzia della corrispondenza tra i costi e ricavi “in modo da assicurare la integrale copertura dei costi”. La specificazione, da

RELAZIONI A CONVEGNI

Fanno eccezione – sempre secondo la Cassazione – le società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, e che sono veri e propri enti pubblici con mera struttura organizzativa societaria, istituiti, trasformati o comunque disciplinati con leggi speciali.

b) Corollario del riconoscimento della natura privatistica della società in mano pubblica, e della conseguente applicazione degli istituti di diritto comune, è la necessità di tener distinte la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società, dalla responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci, dei creditori o di terzi.

Affermano, al riguardo, le Sezioni Unite che nessun rapporto di servizio, rilevante ai sensi degli artt. 52 R.D. 1214/34 e 1 L. 20/94 per ritenere la giurisdizione della Corte dei Conti, è propriamente configurabile tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore della società partecipata, il cui patrimonio sia stato negativamente inciso da una *mala gestio*; ma neppure sussiste un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio *direttamente* arrecato al patrimonio dello Stato o di altra Pubblica Amministrazione, dal momento che la personalità giuridica di diritto privato e la piena autonomia patrimoniale della società rispetto ai soci non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente societario.

L'azione del Procuratore contabile contro gli amministratori della partecipata rimane, pertanto, circoscritta al solo danno *diretto* subito dal socio pubblico secondo il disposto dell'art. 2395 c.c.; il danno subito dalla società per effetto del depauperamento del patrimonio sociale resta, invece, attratto all'azione sociale di responsabilità ex artt. 2393 e 2476 c.c., esercitabile secondo le norme di diritto comune dinanzi al giudice ordinario. E', in particolare, sottratto alla giurisdizione contabile e devoluto alla magistratura ordinaria anche l'accertamento del danno arrecato all'ente pubblico dalla perdita di valore o dalla minore redditività della sua quota di partecipazione nella società pubblica, trattandosi non di un danno *diretto*, ma di un mero riflesso del pregiudizio che ha colpito la società, e quindi da farsi valere con l'azione sociale contro gli amministratori.

c) Esempio di danno diretto al socio pubblico vagliabile dalla Corte dei Conti¹⁹⁶ è il danno all'immagine dell'ente pubblico che derivi da atti illegittimi posti in essere dagli organi della partecipata: danno che può prodursi immediatamente in capo all'ente pubblico, per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati, e che non costituisce il mero riflesso di un pregiudizio

parte del T.U.E.L., dei criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude, peraltro, dal novero dei servizi pubblici locali quelli erogati senza corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali alle finalità sociali dell'ente (Cons. Stato, V, 25.11.2010, n. 8232).

¹⁹⁶ Così Cass., Sez. Unite, 15.01.2010, n. 519, in *Società*, 2010, 7, 803.

RELAZIONI A CONVEGNI

arrecato al patrimonio sociale, indipendentemente dall'essere o meno configurabile *anche* un autonomo danno all'immagine della società.

Altro esempio di danno diretto al socio pubblico soggetto alla giurisdizione contabile – ben più interessante, a parere di chi scrive, e sicuramente di ben altro spessore – è il c.d. danno da disservizio subito dalla comunità amministrata per effetto di condotte gestorie illegittime degli amministratori della partecipata, che sia affidataria di un pubblico servizio.

La poliedrica figura del danno da disservizio elaborata dalla giurisprudenza contabile¹⁹⁷ si identifica, nella fattispecie, col pregiudizio conseguente alla flessione degli standards qualitativi e quantitativi del servizio esigibili dall'utenza, da valutarsi secondo i livelli definiti dalle c.d. carte dei servizi, adottate secondo la normativa di settore, o dai contratti di servizio regolativi dei rapporti tra amministrazione concedente e soggetto affidatario, o più in generale, in base ai parametri di efficienza ed efficacia cui deve ispirarsi tutta l'azione amministrativa.

La lesione inferta dal comportamento dannoso si dirige, propriamente, sull'intera comunità dei cittadini, destinataria delle prestazioni della società concessionaria, ed incide, quindi, su un interesse collettivo di cui è titolare la comunità stessa. Il diritto al risarcimento per tale pregiudizio si radica, pertanto, in capo all'ente pubblico territoriale esponenziale della comunità amministrata titolare dell'interesse leso, e verrà azionato dal P.M. contabile, attraverso l'azione di responsabilità amministrativa, nell'interesse del soggetto pubblico titolare del credito risarcitorio.

d) Il riparto di giurisdizione (e di discipline normative sui corrispondenti tipi di responsabilità societaria e amministrativo-contabile) così operato dalla Cassazione affida, quindi, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, in caso di *mala gestio* imputabile agli organi della società, all'assemblea dei soci (e dunque, di fatto, al socio pubblico che detenga la maggioranza delle quote), o alla minoranza dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393 bis c.c.) o a ciascun singolo socio della società a responsabilità limitata (art. 2476, 3° co. c.c.), a beneficio della società stessa ed eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza sociale.

Il socio pubblico è, in questo modo, in grado di tutelare i propri interessi sociali mediante l'esercizio di tali azioni, ma la relativa scelta – pur se non affidata all'ufficio del Pubblico Ministero, come è per l'azione giuscontabile – ha carattere doveroso per l'Amministrazione ove ricorrano i presupposti per configurare una responsabilità ex artt. 2392 c.c. – 2476 c.c., e non rientra nella discrezionalità amministrativa, insindacabile dal Magistrato contabile (cfr. art. 1, co. 1, l. 20/94); e se l'Amministrazione titolare di una partecipazione non deliberi, con i propri organi, di avviare dinanzi al giudice civile l'azione di responsabilità sociale per reintegrare il

¹⁹⁷ Sul tema, v. AURIEMMA, *Lineamenti di una responsabilità organizzativa nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Corte conti*, 2008, fasc. 2, 359 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

danno patito dalla società e in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico subisca un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile – dice sempre la Cassazione - l'azione del Procuratore erariale davanti alla Corte dei Conti nei confronti non degli amministratori della società partecipata, bensì nei confronti di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione.

Ovviamente, tale azione davanti alla Corte dei Conti contro i rappresentanti del socio pubblico, presupponendo maturato un danno erariale in capo a quest'ultimo, esige che in conseguenza dell'inerzia degli organi di vertice dell'ente proprietario sia venuto meno, per es. per prescrizione quinquennale, il credito risarcitorio ex art. 2393 c.c., con conseguente riflesso negativo sul patrimonio dell'ente-socio; ovvero che siano concretamente diminuite od azzerate le possibilità di realizzo della condanna al risarcimento, a seguito, ad es., di atti distrattivi non revocabili, sul patrimonio individuale degli amministratori.

3.3 – Gli indirizzi ormai consolidati del Giudice di legittimità sul riparto di giurisdizione sono stati clamorosamente ribaltati, pur nel contesto di una loro formale riaffermazione per le società in mano pubblica in genere, dalla recente pronuncia a Sezioni Unite del 25 novembre scorso¹⁹⁸ nel caso che la società pubblica presenti i caratteri dell'*in house providing*; e più che delineare un tipo societario a sé, di elaborazione pretoria (difficilmente conciliabile col principio di tipicità che connota il contratto sociale e con la tendenziale rigidità, come altrettante norme di ordine pubblico economico, delle disposizioni che regolano la struttura societaria), od alternativamente ricorrere alla categoria delle *società legali*, soggette a regole *sui generis* e nelle quali la forma sociale assume il carattere di un mero abito esteriore rispetto a una natura sostanziale di Pubblica Amministrazione¹⁹⁹, la Cassazione ha più semplicemente descritto le società *in house* come un mero schema organizzativo per la gestione, da parte dell'ente pubblico titolare, di un pubblico servizio, in larga misura servendosi dei concetti elaborati dalla giurisprudenza amministrativa e contabile, e tratteggiando, per questa via, i caratteri di un autentico *irrocervo*. In questo senso andrebbe letta

¹⁹⁸ E' la Cass., Sez. Unite, 25.11.2013, n. 26233.

¹⁹⁹ E' proprio in forza di questa equiparazione delle società legali alle pubbliche amministrazioni che la Cassazione ha ritenuto i loro amministratori e dipendenti pacificamente soggetti alla giurisdizione della Corte dei Conti: cfr. Cass., Sez. Unite, 27092/2009, cit., che ha affermato la giurisdizione contabile sui membri del C.d.A. della RAI s.p.a., avendo la RAI "*natura sostanziale di ente assimilabile ad una amministrazione pubblica... nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni*"; Id., Sez. Unite, 3 marzo 2010 n. 5032 della Cassazione, che ha affermato la giurisdizione della Corte dei conti sui danni arrecati all'ENAV s.p.a., a partecipazione totalitaria statale, da propri dipendenti.

RELAZIONI A CONVEGNI

l'affermazione per cui “*l'uso del vocabolo società qui serve solo ... a significare che ... il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una 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 ... possibile parlare*”.

Per la verità, nel passato ed anche ultimamente²⁰⁰, la S.C. aveva censurato l'utilizzo in ambito privatistico-commerciale della categoria dell'organismo di diritto pubblico, come mezzo per riqualificare le società *in house* alla stregua di persone giuridiche pubbliche, e non semplicemente come soggetto tenuto al rispetto dell'evidenza pubblica: altro sono, infatti – si era detto - le società in mano pubblica e l'impresa commerciale, come strumenti privatistici alternativi al modulo pubblicistico per il perseguimento di finalità di pubblico interesse, e altro è la loro qualificazione come organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione delle norme cui assoggettare la loro attività negoziale. La qualificazione di una società come organismo di diritto pubblico rileva, cioè, solo sul piano della disciplina in materia di aggiudicazione dei lavori pubblici o delle pubbliche forniture, ma non determina di per sé l'esonero dalle regole di diritto comune, quanto alla struttura interna ed all'agire esterno. Detto in altri termini, la nozione di organismo di diritto pubblico sarebbe del tutto neutra per stabilire se si sia in presenza di una persona giuridica pubblica ovvero di una persona giuridica privata.

La premessa del nuovo orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite è ora invece una realistica presa d'atto dell'inadeguatezza – da tempo evidenziata da una parte cospicua della dottrina²⁰¹ - dell'attuale modello societario, quale delineato dal codice civile soprattutto dopo la novella del 2003, a garantire quella sostanziale sudditanza, sul piano gestionale e funzionale, e quel penetrante asservimento della società all'ente pubblico, che richiede la giurisprudenza comunitaria per poter configurare il controllo analogo.

Nel diritto comunitario – dove, è bene ricordarlo, l'*in house providing* ha la sua fonte esclusiva nelle sentenze della Corte di Giustizia, cui si rifanno le stesse norme

²⁰⁰ Cass. 27.09.2013, n. 22.209; analogamente, in precedenza, ma per negare la giurisdizione del giudice contabile sugli amministratori di una società pubblica gestore di pubblico servizio, Id., Sez. Unite, 5.07.2011, n. 14655 e Id., Sez. Unite, 9.03.2012, n. 3692.

²⁰¹ Per una critica alla compatibilità tra il modello *in house*, contraddistinto dal *controllo analogo* così come delineato dalla giurisprudenza comunitaria, ed il modello di società di capitali, soprattutto di società per azioni, descritto dal codice civile dopo la riforma del 2003, v., per tutti, GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Riccardo Villata, Torino, 2011, 258 ss., con gli autori ivi citati.

RELAZIONI A CONVEGNI

positive di settore (così p. es. l'art. 5 reg. CE n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia), ed è stato costruito, più che come fattispecie a sé, come condizione legittimante l'affidamento diretto di appalti o della gestione di pubblici servizi²⁰² – occorre, perchè sia riconosciuto il rapporto *in house*, che le scelte gestionali siano trasferite dagli amministratori della società al socio pubblico, privando gli organi amministrativi di quelle responsabilità di cui sono titolari nel diritto comune delle società di capitali, attraverso l'instaurazione di una relazione di tipo gerarchico coi vertici politici dell'Amministrazione di controllo.

E per spiegare tutto questo non sarebbe possibile far ricorso agli istituti propri del diritto societario, neppure utilizzando specifiche previsioni statutarie, nei limiti in cui queste sono consentite dalla legge: sicuramente, non basta il controllo rilevante ex art. 2359 c.c., che lascia permanere i poteri gestori degli amministratori, anche quando lo statuto preveda, ex art. 2364, n. 5, c.c., per determinati atti degli amministratori, la previa deliberazione dell'assemblea (e dunque, del socio pubblico o dei soci pubblici che compongono ed esauriscono la compagine sociale).

L'in house providing - dice sempre la Cassazione – non è neppure riconducibile alla fattispecie della direzione e coordinamento di società – con una disciplina ormai ritenuta, da dottrina²⁰³ e giurisprudenza²⁰⁴, anche alla luce dell'interpretazione autentica fornita dall'art. 19, co. 6, del d.l. 78/2010, applicabile agli enti pubblici che esercitano il potere di controllo (l'art. 2497 c.c. parla delle “*società e gli enti che esercitando attività*”

²⁰² Così Cons. Stato, Ad. Plen., 3.03.2008, n. 1, che lamenta, altresì, l'incertezza sugli esatti contorni dell'*in house providing* nell'elaborazione della Corte di Giustizia CE, in assenza di adeguati contributi chiarificatori da parte del legislatore nazionale e comunitario.

²⁰³ SBISA', *Direzione e coordinamento di società - Commento all'art. 2497 c.c.*, in AA.VV., *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2012, 71 ss.; MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, n. 3, 10; FIMMANO', *La responsabilità per abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 724 ss.; ID., *La giurisdizione sulle società partecipate pubbliche*, cit., 992; EBALLI, *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica, alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal “decreto anticrisi”*, in *Nuovo dir. soc.*, n. 10, 2010, 44 ss.

Contra, nel senso che occorra l'imprenditorialità dell'attività di direzione e coordinamento, e quindi che la disciplina dell'art. 2497 c.c., così come interpretato dall'art. 19, co. 6, d.l. 78/2010, si applichi solo agli enti pubblici holding che siano istituzionalmente imprenditori, CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1191 ss.

²⁰⁴ Corte Conti, Sez. Controllo Piemonte, 19.01.2012, n. 3, in *Azienditalia*, 2012, 3, 245.

La soggezione a direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. è stata anche utilizzata come indice di controllo analogo su una società in mano pubblica locale: così TAR Puglia, 11.02.2008, n. 432, in *Foro Amm.*, 2008, 1115.

RELAZIONI A CONVEGNI

di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui ...”), e pur se il socio pubblico sia un ente territoriale o istituzionale, che agisce per finalità di tipo eminentemente pubblicistico.

La S.C. respinge, quindi, l'idea che in una lettura privatistica del rapporto tra la società e il socio pubblico, vede nel controllo invasivo proprio del controllo analogo di matrice comunitaria una forma di eterodirezione o, addirittura, di abuso di essa *in re ipsa*²⁰⁵; e si rifà, invece, a quella diversa interpretazione²⁰⁶ che nega l'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c. alle società *in house*, in quanto il controllo in cui si esprime l'ingerenza nella conduzione sociale da parte del soggetto pubblico, analogo a quello che esercita sui propri uffici ed articolazioni, escluderebbe la sussistenza stessa di un centro di interessi distinto dall'ente derivante e, comunque, la titolarità di fini lucrativi ed imprenditoriali propri ed autonomi (come avviene, invece, per le società soggette a direzione, pur nel quadro del complessivo interesse di gruppo) rispetto ai fini pubblici perseguiti dall'Amministrazione controllante.

E' bensì vero, nell'ambito delle s.r.l., che l'art. 2468, 3° co., c.c. consente di conferire per statuto speciali diritti ai soci riguardanti l'amministrazione della società; e che, più in generale, l'art. 2479 c.c. assegna talune competenze gestorie ai soci, da esercitarsi col modello assembleare o referendario, quando si tratti di autorizzare operazioni comportanti una modificazione dell'oggetto sociale o dei diritti dei soci (art. 2479, 2° co., n. 5, c.c.), o di approvare le scelte degli amministratori, su richiesta di uno o più amministratori o dei rappresentanti di almeno un terzo del capitale sociale (art. 2479, 1° co., c.c.).

Ma nemmeno queste previsioni – secondo la Cassazione – sarebbero in grado di dar vita ad un rapporto gerarchico tra il socio pubblico totalitario e gli organi amministrativi, con un sostanziale svuotamento delle attribuzioni di questi ultimi; e del resto, verrebbe da aggiungere, come ritenere un vincolo di subordinazione ai vertice

²⁰⁵ FIMMANO', *La responsabilità per abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, cit., 736 ss., e poi in *La giurisdizione sulle società partecipate pubbliche*, cit., 983-985 e 989 ss.; parla espressamente, del caso delle società *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali, di eterodirezione da parte dell'ente pubblico controllante anche MONTALENTI, *Direzione e coordinamento dei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 335.

²⁰⁶ PERFETTI, *Il Consiglio di Stato e il diritto societario, Note minime a Cons. Stato n. 7369/2006*, in *Foro amm.*, 2006, 3362 ss., che qualifica la gestione del servizio *in house* come una attività di amministrazione indiretta da parte dell'ente titolare, con conseguente impossibilità di distinguere, come autonomi centri d'interessi, tra un ente capogruppo e una società controllata; PRETO-BALDINATO, *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive di diritto nazionale italiano*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2009, 372 ss. che partono dalla stessa considerazione della sentenza qui in esame che il controllo tipico degli strumenti societari non è sufficiente ad integrare la nozione di *controllo analogo*.

RELAZIONI A CONVEGNI

dell'ente controllante compatibile col permanere, allo stesso tempo, di una responsabilità degli amministratori ex art. 2476 c.c. *anche* per avere dato esecuzione alle scelte decise o autorizzate dai soci²⁰⁷, e dunque, in ultima analisi, dal socio pubblico totalitario ?

Ecco, quindi, che la Cassazione esclude che la forma della s.r.l., attraverso, in particolare, i diritti amministrativi attribuibili ai soci in base all'art. 2468, 3° co., c.c., possa di per sé sola essere ritenuta lo strumento idoneo per la costituzione di rapporti *in house*: e sembra fare eco a quella giurisprudenza amministrativa²⁰⁸ che rilevava come i più marcati poteri che il socio è in grado di assumere in una società a responsabilità limitata non delineano ancora quella diretta potestà d'intervento, propria del controllo analogo, del socio pubblico totalitario (o dei soci totalitari) sugli obiettivi strategici come sulle decisioni più rilevanti dell'ente societario.

Ma le Sezioni Unite si spingono più in là, e ipotizzano in questo modo la (ormai imminente) decisione sull'assoggettabilità delle società pubbliche alle procedure concorsuali: ed affermano che il modello *in house*, per il fatto di implicare lo svolgimento, sotto il controllo analogo dell'ente derivante, di un servizio di interesse generale e per di più attraverso un mero schermo societario dove l'autonomia patrimoniale della società è, di fatto, annullata²⁰⁹, esclude tanto la causa lucrativa propria del contratto sociale, quanto, soprattutto, la natura imprenditoriale dell'attività svolta, configurando l'*in house providing* come una condizione sostanzialmente incompatibile con i requisiti richiesti dall'art. 2082 c.c.

²⁰⁷ La previsione, contenuta nell'art. 2476, 7° co., c.c. di una responsabilità degli amministratori che hanno compiuto l'atto dannoso deciso o autorizzato dai soci, in solido con i soci stessi che abbiano intenzionalmente agito a danno della società, porta, infatti, ad escludere che la decisione o l'autorizzazione dei soci valga ad esentare da responsabilità gli amministratori stessi.

Si è perciò detto che quando gli amministratori rilevino che l'atto deciso o autorizzato dai soci sia contrario ai doveri derivanti dalla loro carica amministrativa e possa esser causa di danno per la società o per i terzi, essi dovrebbero astenersi dal compierlo e informare i soci chiedendo loro di assumere le opportune modifiche, od anche impugnare la decisione ai sensi dell'art. 2479 ter c.c.: così PICCININI, *Atti gestori dannosi: i mobili confini della responsabilità del socio*, in *Soc.*, 2005, 460, cit. da BARTALINI, *La responsabilità dei soci e degli amministratori*, in AA.VV., *Le nuove s.r.l.*, a cura di M. Sarale, Bologna, 2008, 675.

²⁰⁸ Cfr. Cons.Stato, V, 30.08.2006, n. 5072, in *Urb. App.*, 2006, 1417.

²⁰⁹ La Corte di Giustizia CE, nella sent. *Stadt Halle*, 11.01.2005, C 26/03, aveva, peraltro, affermato che l'ente pubblico può procedere all'affidamento *in house* anche quando il soggetto affidatario abbia una distinta personalità giuridica, purchè ricorressero le condizioni enunciate nella precedente sent. *Teckal*.

RELAZIONI A CONVEGNI

Nel passato, invero, la S.C. aveva ritenuto la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c. astrattamente compatibile con la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito da una Pubblica Amministrazione, dal momento che tale interesse che fa capo al socio pubblico assumerebbe un rilievo esclusivamente extra sociale, e non inciderebbe sulla causa del contratto associativo determinando l'emersione di un tipo sociale a sé, distinto dalle comuni società di diritto privato. In parallelo, la dottrina²¹⁰ aveva chiarito che la causa lucrativa sussiste in relazione alla potenziale capacità dell'attività sociale di gestione del pubblico servizio di produrre un utile.

Più in generale, proprio nell'elaborazione della giurisprudenza i servizi pubblici a domanda individuale (ossia direttamente rivolti alla collettività amministrata: nettamente distinti da essi sono i servizi strumentali, consistenti in un *facere* rivolto in via prevalente od esclusiva nei confronti dell'ente pubblico affidante) divengono "di rilevanza economica", secondo la definizione introdotta nell'ordinamento nazionale dall'art. 14 del d.l. 269/2002, in quanto sussista la concreta possibilità che dalla loro gestione si ricavi un profitto tendenzialmente in grado di remunerare i costi industriali della produzione e della distribuzione.

La remuneratività dell'erogazione del servizio coincide con la nozione di economicità dell'attività svolta dal gestore, intesa come (almeno potenziale) capacità di autosufficienza economica realizzata attraverso l'utile prodotto dalla cessione dei beni o dei servizi; e se la economicità è segno distintivo dell'impresa, allora i servizi di rilevanza economica costituiscono, a tutti gli effetti, un'attività d'impresa²¹¹. Laddove, invece, i costi del servizio debbano restare a carico della fiscalità generale, in tutto o in parte, con l'applicazione di tariffe *politiche* come forma di compartecipazione ai costi dell'utenza, non si potrebbe parlare di attività economica, ed il servizio pubblico reso in quelle forme andrebbe qualificato come di rilevanza non economica.

²¹⁰ GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 87 ss..

La (almeno tendenziale) capacità di generare profitti dalla gestione del servizio pubblico di rilevanza economica trova un riconoscimento normativo, a livello locale, nell'art. 117 t.u.e.l., laddove prevede che la tariffa del servizio venga stabilita dall'ente concedente in modo da garantire "l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato" – quale criterio *ulteriore* rispetto alla garanzia della corrispondenza tra i costi e ricavi "in modo da assicurare la integrale copertura dei costi". La specificazione, da parte del t.u.e.l., dei criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude, peraltro, dal novero dei servizi pubblici locali quelli erogati senza corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali alle finalità sociali dell'ente (Cons. Stato, V, 25.11.2010, n. 8232).

²¹¹ Così, del resto, il par. 80 del Libro Verde della Commissione Europea sui servizi di interesse economico generale del 21.05.2003: "I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi in house, sono in ogni caso imprese e quindi soggetti alle norme sulla concorrenza del Trattato ...".

RELAZIONI A CONVEGNI

Se quindi il servizio reso è concretamente idoneo ad essere svolto in modo proficuo, con la produzione di un reddito ed una (almeno potenziale) capacità di autosufficienza economica, la società *in house* che esercita taluna delle attività previste dall'art. 2195 c.c. dovrebbe ritenersi imprenditore commerciale, indipendentemente dal modo con cui – se conforme o meno ai principi di sana e corretta gestione sociale – l'attività di erogazione del servizio viene *concretamente* gestita dagli organi sociali, diretta emanazione dei vertici politici dell'ente pubblico controllante. Al più, se per via del *controllo analogo* la società non costituisce un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, bensì una sua articolazione interna, si può ricorrere alla vecchia figura dell'impresa-organo, in cui l'attività d'impresa svolta da un soggetto, di fatto, privo di una distinta soggettività giuridica rispetto all'Amministrazione pubblica controllante, appare come secondaria ed accessoria (*rectius*: strumentale) rispetto alle attività istituzionali dell'Amministrazione stessa²¹².

Le Sezioni Unite, tuttavia, hanno ritenuto in modo diverso, e ben difficilmente queste premesse potranno essere disconosciute affermando la generale fallibilità delle società pubbliche *in house*.

3.4 – Le conclusioni cui è pervenuta la S.C. sul riparto di giurisdizione diversificano, perciò, a seconda che si tratti di una società *in house* o di una partecipata pubblica in genere.

Per le prime, equivalenti ad una struttura organizzativa interna all'ente di derivazione, è propriamente configurabile con i loro amministratori (e, si può aggiungere, anche con i loro dipendenti) un rapporto di servizio rilevante ai sensi degli artt. 52 r.d. 1214/34 e 1 l. 20/94 per l'affermazione della giurisdizione contabile, del tutto analogo a quello che sussiste tra l'ente derivante e i propri dipendenti; e il danno subito dalla società *in house* il cui patrimonio sia stato negativamente inciso da una *mala gestio*, va, allo stesso tempo, qualificato come danno erariale, poichè di pregiudizio *direttamente* arrecato al patrimonio di una Pubblica Amministrazione si tratta, dal momento che la distinzione tra socio pubblico e società controllata avrebbe una valenza puramente formale, senza conferire una piena autonomia patrimoniale della società rispetto ai soci, e il danno arrecato dall'illegittimo comportamento degli organi sociali all'ente societario sarebbe direttamente ed immediatamente riferibile al patrimonio dell'ente controllante.

Per le altre società in mano pubblica, al contrario, il solo danno derivante da una cattiva conduzione che può aver subito il socio pubblico, con l'esclusione del pregiudizio riflesso conseguente alla perdita di valore o alla minore redditività delle sue

²¹² Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale – Diritto dell'impresa*, Torino, 2008, 79, nt. 3, per il quale in tanto si può parlare di imprese-organo, come di enti pubblici economici, in quanto l'attività produttiva venga svolta con metodo economico, e non con metodo puramente erogativo.

RELAZIONI A CONVEGNI

partecipazioni, è il solo danno *diretto* previsto dall'art. 2395 c.c., ed entro questi limiti resta circoscritta l'azione del Procuratore contabile contro gli amministratori.

Applicando, dunque, tali principi, ne viene che, nei casi di insolvenza delle comuni società partecipate pubbliche, il danno inferito dagli organi della società al patrimonio sociale andrà fatto valere attraverso l'azione sociale ex artt. 2393 – 2476 c.c. ovvero dagli organi della procedura a norma dell'art. 146 l. fall., a seconda che si ritengano le società in mano pubblica soggette o meno alle procedure concorsuali; di contro, per il danno diretto patito dal socio pubblico, la presenza o meno del fallimento (e la fallibilità in astratto della società) è una questione irrilevante.

Se infatti nell'azione di responsabilità ex art. 146 l.fall. confluiscono gli istituti distintamente contemplati dagli artt. 2393 e 2394 c.c., come strumento di reintegrazione del patrimonio della società fallita, a garanzia, nello stesso tempo, dei soci e dei creditori sociali, l'azione individuale ex art. 2395 c.c. del singolo socio direttamente inciso nel suo patrimonio non viene assorbita dall'azione di responsabilità del curatore, e sfugge anche alla *vis attractiva concursus*, non restando devoluta alla cognizione del tribunale fallimentare, ma soggetta alle comuni regole sulla competenza.

Dunque, proprio a norma dell'art. 2395 c.c. il socio è legittimato anche dopo il fallimento della società all'esperimento dell'azione per ottenere il risarcimento del danno subito nella propria sfera individuale in conseguenza di atti dolosi o colposi compiuti dagli amministratori della società fallita, ove il danno sia conseguenza diretta e immediata del comportamento denunciato, e non il mero riflesso del pregiudizio che abbia colpito la società per effetto della cattiva gestione.

Ne consegue che, a prescindere dall'apertura del concorso (secondo che si ritengano fallibili o meno le società pubbliche), il P.M. contabile potrà agire *comunque* con l'azione di responsabilità erariale nei confronti degli amministratori della partecipata in stato di insolvenza per il danno *direttamente* patito dall'ente pubblico socio; e l'ipotesi più rilevante è, in questo caso, il danno da disservizio che deriva ai cittadini dall'alterazione o dalla interruzione dell'attività di erogazione di un pubblico servizio proprio per via dell'insolvenza (o della crisi finanziaria) in cui versa la società pubblica affidataria del servizio stesso, e che risulterebbe imputabile a una gestione degli amministratori in violazione degli obblighi di legge o di statuto, od in contrasto con i principi di sana e corretta conduzione dell'impresa sociale.

Relativamente più semplici sono le conclusioni per quel che riguarda la responsabilità erariale degli amministratori dell'ente pubblico socio, i quali sono soggetti all'azione repressiva del Procuratore contabile nei casi di colposa o dolosa inerzia nell'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori.

La presenza del fallimento sottrae la competenza per tale azione ai soci e all'assemblea, affidandola in via esclusiva al curatore: sarà, quindi, il curatore ad agire ex art. 146 l.fall., il che porta ad escludere la responsabilità, nei casi di inerzia degli organi della procedura, dei vertici del socio pubblico.

RELAZIONI A CONVEGNI

Altra situazione è quella delle società *in house*, perchè se si tratta di mere articolazioni organizzative dell'ente di derivazione, sprovviste di una vera autonomia patrimoniale e neppure titolari di impresa commerciale in senso proprio, nemmeno come organi-impresa, nessuna interferenza potrebbe profilarsi tra l'azione del P.M. erariale contro gli amministratori e la materia concorsuale: non solo e non tanto perchè – come ha affermato, da ultimo, la Cassazione – gli amministratori e i dipendenti, responsabili di *mala gestio*, sono sempre soggetti alla giurisdizione contabile, al pari degli amministratori e dipendenti del socio pubblico, ma perchè proprio tali tipologie di società, se si vuol essere coerenti con le premesse, dovrebbero restare escluse dalle procedure concorsuali.

Un corollario della ricostruzione fornita dalle Sezioni Unite, peraltro non specificato ed al quale qui si può soltanto far cenno, esulando dal tema del presente lavoro, è quello della responsabilità per i debiti sociali.

E' stato osservato²¹³ che è di regola all'ente pubblico titolare del controllo analogo che va imputato il verificarsi del dissesto, laddove l'ente stesso, nell'esercizio dei suoi poteri di dominio, abbia imposto delle scelte non ispirate a una sana e corretta gestione imprenditoriale, determinando un significativo squilibrio tra costi e ricavi all'origine della crisi. Ebbene: il rischio che il modello *in house* venga utilizzato per scaricare sulla massa dei creditori sociali i costi di un'esposizione debitoria maturata a seguito di scelte, in ultima analisi, riconducibili proprio al soggetto controllante sarebbe evitato – se ancora una volta si vogliono portare le affermazioni della Cassazione alle loro ovvie conseguenze - non già dagli strumenti di diritto societario (siano essi la responsabilità ex art. 2497 c.c. per abuso di eterodirezione, o la responsabilità diretta del socio di s.r.l. che intenzionalmente abbia deciso o autorizzato atti dannosi verso la società o verso i terzi), che postulano o la esistenza di autonomi centri di interessi, giuridicamente distinti tra loro pur se coordinati nell'interesse superiore del gruppo, o un limitato nucleo di poteri gestionali esclusivi in capo agli amministratori; bensì attraverso la negazione – operata dalle Sezioni Unite – di quella alterità soggettiva in cui consiste l'autonomia patrimoniale della società di capitali (o di una persona giuridica in genere) rispetto ai suoi soci, e dunque dell'esistenza di uno schermo in grado di preservare l'ente pubblico dalle pretese dei creditori sociali.

²¹³ Così ASTEGIANO-DI RUSSO-MIELE-POZZOLI, *Le società in house possono fallire?*, in *Dir. e pratica amministrativa*, 2013, fasc. 5, 55.

L'INSOLVENZA DEI GRUPPI TRA TUTELA DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA ED ARTIFICI VIRTUOSI

L'Autrice analizza la disciplina dell'insolvenza in relazione a quella dei gruppi di società.

di ALIDA PALUCHOWSKY

1. Introduzione: i precedenti legislativi.

Dal punto di vista legislativo l'unica normativa che si occupa dichiaratamente della fenomenologia dei gruppi in termini di soluzione della loro crisi è quella della legge 270 del 1999 negli articoli da 80 a 91, cui si è poi unita la disposizione dell'art. 5 della legge sulla ristrutturazione industriale nascente dal decreto Marzano così come modificato dal decreto l. 28 agosto 2008 n. 134 convertito in legge 27 ottobre 2008 n. 166 a seguito della prima crisi Alitalia²¹⁴. Prima di queste disposizioni era solo la legge bancaria che aveva ipotizzato una figura di gruppo in cui si svolgeva legittimamente una attività di direzione unitaria, sotto la sorveglianza dell'autorità creditizia²¹⁵. Benchè la normativa sull'amministrazione straordinaria sia stata la prima ad occuparsi, con una pretesa di completezza del fenomeno dei gruppi, va detto che essa in realtà si applica a delle imprese che sono tutte soggetti giuridici autonomi con personalità giuridica ed autonomia patrimoniale che però rappresentano le diverse articolazioni di un fenomeno economico unificato dalla cosiddetta "direzione comune" concetto che ricostruisce l'unitarietà del gruppo (o come alcuni hanno giustamente definito "favorisce la

²¹⁴ Secondo alcuni autori è particolarmente interessante e potrebbe fungere da modello la legislazione USA che consente che le singole società del gruppo possano essere soggette ad una procedura unitaria, concreazione di un unico patrimonio al quale concorrono indistintamente tutti i creditori delle diverse società del gruppo (substantive consolidation), in tal senso sembra che si stiano orientando anche i lavori UNCITRAL. (United Nations Commission on International Trade Law).

²¹⁵ Invero, un'evoluzione in materia si è avvertita con il t.u. del 1 settembre 1993 n. 385 nella legislazione creditizia dove si è riconosciuto espressamente la possibilità di un soggetto imprenditoriale unitario costituito da più soggetti collettivi (società), collegati in modo da costituire un vero e proprio "gruppo". In questo ambito lo strumento del controllo societario e la direzione unitaria in funzione della migliore gestione dell'impresa bancaria costituiscono una delle finalità della costituzione del gruppo; in tal modo il "controllo" diviene riconosciuto come qualifica di stabilità del gruppo stesso.

RELAZIONI A CONVEGNI

propagazione della procedura”) attraverso la parziale o totale identità di composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri elementi indicati dall’articolo 80 comma uno : il controllo diretto o indiretto interno, sia nella forma ascendente che discendente ed anche orizzontale, il controllo nascente dalla influenza dominante esercitata attraverso rapporti di finanziamento o di garanzia anche inferiore al terzo delle attività della concedente, oppure attraverso l’erogazione di servizi comuni, l’utilizzo di un marchio comune, il coordinamento e la pianificazione dell’attività delle società dipendenti da un unico centro decisionale od ancora l’esistenza di patti parasociali vincolanti il comportamento amministrativo²¹⁶, oppure altri comportamenti convergenti di natura negoziale che fanno desumere appunto una direzione comune, dove per direzione comune si intende una direzione unitaria, così come poi definita esplicitamente nell’articolo 90 laddove si affronta lo spinoso tema della responsabilità degli amministratori della controllante che abbiano determinato la controllata a subire eventi dannosi per il suo patrimonio. Proprio per la vastità delle fattispecie considerate si ritiene che non sia necessariamente il fenomeno economico unitario a determinare l’estensione della procedura bensì la semplice sussistenza del fenomeno partecipativo del controllo. Per costituire un gruppo di imprese (di tipo individuale o collettivo) è necessaria l’esistenza di una pluralità di soggetti giuridici coordinati fra loro secondo rapporti che possono essere anche di subordinazione e sottoposti ad una direzione unitaria. Quest’ultimo elemento costituisce il carattere fattuale discriminante del diritto dell’impresa rispetto a quello del controllo che è tipica espressione del diritto delle società.

Secondo alcuni²¹⁷, quindi, la procedura di amministrazione straordinaria non è una procedura dettata per risolvere le insolvenze di gruppo così come il gruppo è inteso quale fenomeno economico, in quanto si tratta di una normativa che appunto si riferisce a soggetti tutti giuridicamente distinti i quali entrano in una procedura comune solo in quanto insolventi (mentre se l’esigenza fosse quella della trattazione unitaria di un unico soggetto economico la procedura dovrebbe poter riguardare anche i soggetti che ne fanno parte non insolventi). Inoltre è comune il commissario straordinario che la gestisce e può esserlo il programma di ristrutturazione che li riguarda, ma essa postula procedure che, a mano a mano che la *procedura madre* si estende, restano autonome e separate tant’è vero che si parla di procedura del gruppo e non di gruppo, nel senso che l’insolvenza non può essere accertata né trattata unitariamente anche sotto il profilo formale²¹⁸. La funzione del procedimento di estensione, che presenta alcune analogie

²¹⁶ SANTONI, *L’amministrazione straordinaria della società e dei gruppi*, in *L’amministrazione straordinaria delle imprese*, in *La riforma dell’amministrazione straordinaria*, Roma, 101.

²¹⁷ MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013, 101.

²¹⁸ ALESSI, *L’amministrazione straordinaria delle imprese insolventi*, Milano, 2000, 129.

RELAZIONI A CONVEGNI

con l'estensione della procedura ai soci di cui all'articolo 147 della legge fallimentare, sotto il profilo procedurale è quella di ottenere una migliore liquidazione delle imprese insolventi, assicurando comunque un alto grado di tutela degli interessi dei creditori.²¹⁹

In realtà l'unitarietà del gruppo tra soggetti insolventi e non insolventi si ricostruisce solo a fini reintegratori del patrimonio, proprio per smontare, in sede concorsuale quello che in sede ordinaria è il concetto comune che sta alla base del bilancio aggregato di gruppo e delle scelte strategiche della gestione di un gruppo economico cioè la teoria dei c.d. vantaggi compensativi, teoria che in caso di crisi viene a confliggere irrimediabilmente con la autonomia che ciascun soggetto aggregato mantiene nel gruppo.

Altre ipotesi di considerazione unitaria del dissesto del gruppo è rinvenibile in due legislazioni speciali, da un lato la legge sulla liquidazione coatta delle società fiduciarie o di revisione²²⁰ e dall'altro la legge sulla insolvenza dei gruppi creditizi (art. 100-105 del TUB.).

1BIS) La teoria dei vantaggi compensativi, la responsabilità degli amministratori ed il suo recepimento legislativo nell'art. 2497 c.c..

Sembra utile premettere che la teoria dei vantaggi compensativi è strettamente correlata al tema della responsabilità degli amministratori poiché il vantaggio compensativo risulta diretta filiazione della eterodirezione della società da parte dell'impresa capogruppo o, come generalmente si chiama, della holding. Infatti, quando le scelte gestionali di una società sono eterodeterminate, si crea la possibilità di abusare degli schemi societari e quindi il legislatore ha ritenuto di incrementare le ipotesi di responsabilità degli amministratori delle capogruppo per controbilanciare e riequilibrare attraverso questo meccanismo la direzione il coordinamento esterni della società. Del resto risulta riconnesso alla giustificazione del vantaggio compensativo anche l'orientamento assunto dalla società controllata la quale pone in essere un atto che apparentemente risulta dannoso nei suoi confronti, sacrificando in modo non corretto ed illegittimo gli interessi della sua massa della società con ciò determinando una lesione anche dell'affidamento che i terzi hanno fatto sulla autonomia della società e sulla sua struttura. In relazione alla cosiddetta teoria dei vantaggi compensativi, sembra utile richiamare quanto affermato dal supremo collegio con la pronuncia 24 agosto 2004, n.16707. La corte ha sottolineato come l'autonomia soggettiva e patrimoniale che caratterizza ogni singola società di un gruppo ed il dovere di fedeltà posto a carico degli amministratori impone agli stessi di perseguire in via prioritaria l'interesse della specifica società cui sono preposti e non consente di sacrificare l'interesse della stessa in nome di un diverso interesse riconducibile al vertice del gruppo, privo di rilevanza per i soci di minoranza e per i terzi creditori della controllata. Tale circostanza non

²¹⁹ ALESSI, op. cit. 100

²²⁰ Cfr. art. 2 d.lgs. 233/1986 convertito in legge 430/del 1986.

RELAZIONI A CONVEGNI

esclude, tuttavia, "la possibilità di tener conto di valutazioni afferenti la conduzione del gruppo nel suo insieme, purché non vengano in tal modo pregiudicati ingiustificatamente gli interessi delle singole società facenti parte del gruppo." La pronuncia, che è stata emessa in una controversia relativa alla responsabilità nei confronti degli amministratori della società controllata, ha affermato che le operazioni poste in essere dagli amministratori non dovranno essere considerate singolarmente, ma nel contesto di strategie economiche e finanziarie più ampie e alla luce di una visione generale: visione in cui, secondo la corte, si abbia riguardo non soltanto all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza". La corte ha così preso atto della importanza economica e del recepimento nell'ambito delle prassi della teoria dei cosiddetti vantaggi compensativi, teoria che è stata recentemente inserita anche all'interno del nuovo testo dell'articolo 2497 del codice civile, che esclude la responsabilità delle società o degli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento, nei confronti dei soci e dei creditori delle società sottoposte alla stessa, qualora il danno risulti "mancante alla luce del risultato complessivo delle attività di direzione coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette".

La giurisprudenza citata afferma però che l'esistenza dei vantaggi compensativi non può mai essere posta in termini meramente ipotetici ma deve essere accertata concretamente dal momento che la sola appartenenza al gruppo non comporta di per sé necessariamente l'esistenza di reali vantaggi. Sembra rilevante ricordare che la prova della esistenza di questi vantaggi incombe ovviamente sul convenuto nell'azione di responsabilità, il quale dovrà provare l'esistenza concreta di quei benefici indiretti immediati, scaturenti dalla appartenenza al gruppo e che controbilanciano gli effetti negativi delle decisioni amministrative che è stato indotto ad assumere ad opera della capogruppo²²¹. L'accoglimento in sede legislativa della valenza dei cosiddetti vantaggi compensativi fa escludere almeno in via astratta una situazione di conflitto di interessi quando il sacrificio imposto alla controllata, che avviene a beneficio di altre società del

²²¹ Recentemente lo stesso criterio è stato utilizzato in relazione alla responsabilità penale degli amministratori ed alla sua inertizzazione. In particolare il reato di infedeltà patrimoniale stabilito dall'articolo 2634 del codice civile novellato in materia societaria prevede che gli atti di disposizione dei beni sociali, in danno della società e nell'interesse di altro soggetto, non sono puniti se l'interesse di quest'ultimo che si identifica con la società capogruppo o con l'intero gruppo, venga compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Sul punto si veda GISMONDI, *Responsabilità degli amministratori di società e teoria dei vantaggi compensativi*, nota a Cassazione 24 agosto 2004 n. 16.707, in *Il diritto commerciale d'oggi*, dicembre 2004, III, 12.

RELAZIONI A CONVEGNI

gruppo, sia in realtà soltanto apparente alla luce dei vantaggi derivati dall'appartenenza al gruppo.

2) L'attuale situazione normativa nella legge fallimentare.

In ordine alla disciplina del **concordato di gruppo** essa è decisamente carente e necessita di continui trapianti per far fronte alle numerose lacune che presenta, inoltre benchè tutti riconoscano che il fenomeno di gruppo ha una portata tale che non può essere ignorata, anche dopo la riforma del 2005 e gli almeno 6 o sette interventi del legislatore da allora sulla stessa, nella legge fallimentare, non vi sono norme che si possano direttamente utilizzare per giungere ad una gestione unitaria dell'insolvenza di più soggetti partecipi di un unico gruppo e/o aggregazione economica (che propongano tutti la domanda di ammissione al concordato preventivo). Si reputa infatti che il debole richiamo contenuto nell'articolo 160 alle cosiddette "imprese interessate" non sia infatti sufficiente a legittimare la presentazione di un unico ricorso e di un unico piano, con la correlativa commistione di masse attive e di masse passive fra più soggetti dotati di autonomia patrimoniale perfetta e di personalità giuridica²²². In dottrina vi è chi reputa che in caso di attribuzione dell'intero patrimonio delle imprese interessate ad un assuntore ed in relazione alla possibilità prevista di operazioni straordinarie si possa invece ritenere ammissibile un concordato di gruppo, pur con tutela della autonomia delle singole posizioni creditorie e debitorie²²³. Si deve quindi ritenere ancora valida la giurisprudenza della suprema corte secondo la quale l'accertamento dello stato di insolvenza di un'impresa appartenente ad un gruppo deve essere effettuata con esclusivo riferimento alla sua situazione economico patrimoniale, considerato il principio dell'autonomia e della distinta personalità giuridica delle singole società²²⁴. Tutto ciò anche se in esito alla riforma del 2006 vi è stato chi in giurisprudenza ha semplicemente osservato che la scelta di autonomia privata del concordato preventivo di gruppo è certamente legittima alla luce del principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 c.c., oltre che per la considerazione secondo

²²² GALLETTI in CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, 2010, sub art, 160, 380; sullo stesso piano PANZANI, *La postergazione dei crediti nel nuovo concordato preventivo in Fall.*, 2006, e TEDESCHI *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, 2006, che affermano come il piano della soggettività di ciascuna società non può essere superato cosicché tutte le società debbono avere autonomamente i requisiti). Reputa insuperabile il limite della soggettività singola anche VITIELLO in *Il Fallimentarista*, 31.07.2012.

²²³ Cfr SANDULLI, *Riforma della legge fallimentare*, sub artt. 160 e 161, in NIGRO SANDULLI, II, Torino, 2006, 984; conf. PACCHI, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in AA, VV, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Torino, 2007, 60 ;

²²⁴ Cfr. Cass. 11.11.1992, n. 12114, in *Fall.*, 1993, 367; Cass. 16 .07.1992, n. 8656, *ivi* 1993, 247.

RELAZIONI A CONVEGNI

cui, presentandosi il concordato preventivo come procedura concorsuale dell'impresa²²⁵, non può che prendere in considerazione l'impresa stessa in tutte le conformazioni che ne costituiscono esplicitazione pratica²²⁶. In particolare si afferma la possibilità di gestione dell'impresa in crisi in ogni sua accezione, rilevando però che il legislatore della riforma è stato sovrabbondante nel dettare norme per la crisi dell'impresa oggettiva ed assolutamente avaro di considerazione per i soggetti che vivono la crisi cioè gli imprenditori, in quanto la legge è ancora impostata sull'imprenditore individuale e poco considera le società, figurarsi i gruppi di esse²²⁷.

La giurisprudenza di merito in maggioranza ha cercato di reagire alle lacune persistenti utilizzando varie soluzioni per superare i problemi che costantemente la rigidità dell'ordinamento pone. Si tratta principalmente di espedienti che non risolvono il problema in radice e che costituiscono delle procedure concordatarie coordinate, più che di gruppo, non riuscendo del tutto a porre in essere un trattamento concordatario unitario della crisi di gruppo. Ciò nonostante si deve rilevare che non sussistendo nel nostro ordinamento nessuna altra forma di unificazione di carattere sostanziale della gestione della crisi delle aggregazioni societarie queste forme di procedimentalizzazione unitaria consentono anche una liquidazione aggregata delle attività del gruppo di società che permettono normalmente di conseguire valori superiori a quelli realizzabili attraverso liquidazioni separate.

Il più delle volte l'introduzione di una procedura unitaria è propiziato da una situazione di fatto che evidenzia inscindibili legami esistenti fra le varie imprese che non potrebbero essere esaminati e considerati nella loro essenza economico-giuridica se le società del gruppo fossero sottoposte a procedure separate.

Qui come nella amministrazione straordinaria la possibilità di soluzione aggregata cessa se non vi è crisi per tutte le imprese e, a differenza della procedura per le grandi imprese, anche se le imprese non sono tutte autonomamente sottoponibili a concordato preventivo. Ciò in quanto la disciplina che è stata, come l'intera legge fallimentare inizialmente ideata per l'impresa individuale è stata solo all'art. 146 resa estensibile ai soggetti collettivi e che è quindi ulteriormente estensibile in via interpretativa ed anche analogica ad un gruppo di imprese solo quando esse abbiano i requisiti richiesti per la prima.

Lo scopo principale ricercato dalla gestione unitaria dell'insolvenza, nel caso in cui il concordato preventivo sia richiesto dal gruppo di società, secondo l'esame statistico delle ipotesi riscontrate in giurisprudenza, è generalmente un migliore risultato della liquidazione del patrimonio attivo che si assume possa "travasare" le risorse da alcune società del gruppo ad altre dotate, di base al momento del deposito del ricorso, di

²²⁵ T. Roma, 25.07.2012, in *Il caso .it*.

²²⁶ Cfr. T. Roma 07.05.2011, in *Il caso .it*, Pres. Monsurrò, est. Di Marzio.

²²⁷ In tale senso DI MARZIO in *Il fallimentarista*, marzo 2013.

RELAZIONI A CONVEGNI

un minore patrimonio e, come tali, di per sé stesse non in grado di assicurare determinate percentuali di soddisfo ai creditori. Questo di regola è il fine dichiarato della gestione unitaria, ma esso confligge con il principio del 2740 per cui ogni società ha un suo patrimonio che garantisce i suoi creditori, questa la ragione per cui T. di Roma²²⁸ recentemente ha dichiarato non ammissibile la proposta ove l'attivo derivante dalla cessione dei beni ai creditori di una società era in parte destinata ai creditori di un'altra società del medesimo gruppo. La corte della medesima città con pronuncia 05.03.2013 nella medesima fattispecie ha ribadito l'inammissibilità della proposta concordataria riguardante un gruppo di imprese che abbia natura meramente liquidatoria e che preveda, con riferimento ad alcune società del gruppo, la cessione ai creditori di parte soltanto del patrimonio²²⁹.

Ecco perché, per raggiungere tale risultato occorre, ad avviso di chi scrive, un piano che deve prevedere in via alternativa o cumulativa, sia la rinuncia espressa (e non raggiunta con il solo ausilio della votazione maggioritaria per silenzio assenso) dei creditori chirografari dell'impresa più capiente a percepire la differenza fra l'intero credito e la percentuale distribuita a tutti i creditori delle altre imprese, sia il consenso della maggioranza dei creditori che dovrà verosimilmente essere favorevole alla rinuncia di talune risorse a favore di altre società del gruppo (ad esempio taluni beni)²³⁰. Una fattispecie di questo tenore evidenzia la difficoltà di costruire le ipotesi di domanda concordataria di gruppo, poiché occorre l'adesione integrale ed anche un solo dissenso fa crollare l'impalcatura faticosamente messa in piedi. Basta infatti che un solo chirografario dell'impresa più patrimonializzata si opponga per determinare il destino di non omologazione della proposta visto che quel creditore potrebbe dimostrare di essere destinato a percepire di più in sede di fallimento e che lo sarebbero anche gli altri creditori della stessa società.

In giurisprudenza, ed in giurisprudenza in realtà questo empasse si reputa superabile alla luce della possibilità di concessione di finanza esterna, infatti essa, se prevista dal piano unitario, può servire per assicurare che la massa dei creditori che sarebbe lesa dal piano concordatario attuato solo con la cessione dei patrimoni, veda invece l'attivo complessivo realizzabile ed attribuitole superiore a quello che realizzerebbe in caso di liquidazione fallimentare del proprio patrimonio autonomo. Il

²²⁸ T. Roma 25.07.2012 decr., in *Il caso .it*; Conf. VITIELLO, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Il Fallimentarista*, 31.07.2012.

²²⁹ V. App. Roma 05.03.2013 in *Il caso. it*.

²³⁰ La considerazione che il dissenziente che percepisce meno possa essere obbligato tramite voto a subire la lesione del 2740 c.c. appare incostituzionale e per altro sussistono altri procedimenti come il 182 bis in cui il creditore aderente partecipa al piano e quello dissenziente deve essere pagato per intero che risulterebbero certamente più idonee a risolvere fattispecie come quella descritta.

RELAZIONI A CONVEGNI

miglior risultato patrimoniale raggiungibile con la nuova finanza farebbe sì che la violazione del 2740 c.c. non potesse venire invocato.

3) Le condizioni per una procedura aggregata.

A) La competenza

Sembra decisamente orientamento maggioritario quello che reputa condizione indispensabile perché più imprese possono presentare un unico ricorso per l'ammissione ad un concordato, che può essere definito latamente di gruppo, la sussistenza di sedi legali e/o amministrative tutte collocate nella circoscrizione del tribunale dinanzi al quale viene presentata la domanda di concordato preventivo. Tale condizione è indispensabile in quanto la sussistenza della competenza è condizione indispensabile perché il tribunale si possa pronunciare ed è quindi il primo elemento che il tribunale scruta. Ove lo stesso dovesse ritenersi parzialmente incompetente non potrà in tutta evidenza assumere decisioni di alcun tipo se non quelle attinenti la dichiarazione della propria incompetenza. Così lo stesso Tribunale di Roma con la già citata pronuncia 23.12.1997²³¹ ha ribadito che occorre una unitarietà della sede legale, che corrisponda alla competenza del tribunale adito. Si osserva che, ove la sede legale stessa non corrisponda a quella principale, intesa, secondo il costante orientamento della Suprema Corte come quella effettiva ed amministrativa della società²³², nella quale vengono assunte le scelte di strategia gestionale dell'impresa, il tribunale può essere ritenuto competente in quanto nella sua circoscrizione si situi la menzionata sede effettiva, pur non trovandosi al suo interno quella legale²³³. Nel caso particolare si trattava di un

²³¹ Vedi anche T. Terni, 19.05.199, in *Fall.*, 1997, 1243; T. Ivrea, 21.02. 1995, *ivi*, 1995, 969; T. Firenze, 13.7. 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, 80.

²³² Cfr. Cass. 07.05.2012 n. 6886.

²³³ Cfr. I recente decreto T Roma 14.11.2012 in *Impresa società fallimento, persona e danno a cura di Cendon*, con nota di De Fabritiis. Il Tribunale ha desunto la effettività della sede romana per tutte le 8 società in base alla produzione dei seguenti elementi:

i. i poteri gestori delle società del gruppo sono esercitati dallo stesso amministratore unico che risulta essere, altresì, il presidente del consiglio di amministrazione della capogruppo;

ii. lo stesso soggetto personalmente è proprietario dell'intero capitale della holding;

iii. ciascuna società del gruppo ha eseguito le iscrizioni ai sensi dell'art. 2497-bis, comma I e II, c.c., evidenziando il loro assoggettamento all'attività di direzione e coordinamento della capogruppo;

iv. le assemblee della ricorrente per l'approvazione dei bilanci di esercizio si sono svolte, per lo più, in Roma presso la sede della capogruppo;

iv. la ricorrente intrattiene rapporti solo presso filiali di Roma di istituti di credito;

RELAZIONI A CONVEGNI

concordato con riserva presentato da 8 società di cui la capogruppo con sede legale in svizzera e cinque società controllate con sede legale fuori Roma .

Di contro la non coincidenza completa della sede legale di tutte le imprese (o della sede effettiva, con quella posta nel circondario del tribunale adito) impedisce la trattazione unitaria poiché la presentazione del ricorso dinanzi ad un tribunale che non è quello competente, violerebbe il principio costituzionalmente garantito della predeterminazione del giudice naturale.

Ha ammesso in passato la possibilità che la competenza sia assorbita dal Tribunale della capogruppo, come per l'amministrazione straordinaria T. Roma 16.12.1997 , in Giur. Merito , 1998, 643 ma la decisione della Suprema Corte era di diverso avviso avendo ritenuto che il gruppo di società sia un fenomeno di mero fatto, quindi inidoneo a modificare i principi generali stabiliti in tema di competenza territoriale²³⁴

De jure condendo, perciò la norma che autorizzi la deroga dell'art. 9 l.f. per qualche impresa del gruppo al fine di favorire una composizione unitaria sarebbe indispensabile, come è nell'amministrazione straordinaria e mi sembra che il criterio là adottato di privilegiare la competenza del circondario del Tribunale della capogruppo è assolutamente condivisibile e sarebbe opportuno sganciare l'ammissione anche dal possesso da parte di tutti i soggetti dei requisiti di ammissione alla procedura²³⁵.

ivi. le fatture per spese telefoniche della ricorrente hanno quale indicazione di luogo di recapito la sede della holding;

ivii. le assemblee delle altre società aventi le proprie "sedi legali" in comuni non compresi nel circondario del tribunale di Roma risultano sovente tenute in Roma, presso le sedi della capogruppo;

iviii. tutte le società del gruppo, comprese quelle aventi le proprie "sedi legali" in comuni non compresi nel circondario del tribunale di Roma, risultano intrattenere rapporti bancari con filiali romane di istituti di credito ovvero ricevono presso la sede della holding fatture relativi alle spese telefoniche e di somministrazione di energia elettrica.

²³⁴ Cfr Cass. 27.03.1992, n. 3790, in *Dir. Fall.*, 1992, II, 913.

²³⁵ Conf. VITIELLO, *Il concordato preventivo di gruppo*, in *Il Fallimentarista*, 31.07.2012.

RELAZIONI A CONVEGNI

Bypassando l'assenza di una normativa che consenta l'estensione della competenza della capogruppo anche alle altre società, il criterio dianzi auspicato è stato adottato da T. Ancona 12.07.2007 che ha sostenuto appunto l'attrazione operata dal Tribunale della capogruppo nei confronti delle altre componenti dello stesso. Il criterio non è stato sottoposto al vaglio della giurisprudenza di legittimità poiché il provvedimento non è stato impugnato. Probabilmente, quindi l'estensione in questo caso è stata frutto di un *gentleman's agreement* tra i creditori ed il debitore.

B) Un solo ricorso è idoneo o occorrono più ricorsi ex 160 l.f.?

La scelta può essere differente ed è per lo più legata al momento nel quale la trattazione unitaria dovrà intervenire, poiché spesso vengono presentate più domande e la procedura rimane distinta sino al momento dell'adunanza e, poi, una volta raggiunte le maggioranze, si chiede che venga disposta la riunione al fine di giungere ad un omologa unica, che riguardi tutti procedimenti riuniti. In tal caso si impongono tanti decreti di ammissione quante sono le società. Diversamente sarà se si presenta un unico ricorso e lo stesso viene accettato dal Tribunale, come è avvenuto talvolta quando il Tribunale ha ritenuto che il gruppo fosse in sostanza una realtà così unitaria che le singole società, sottoposte a direzione unitaria strettissima, fossero in realtà quasi soggetti solo apparentemente distinti ma in realtà componenti di una unica attività integrata e coordinata sotto il profilo tecnico, finanziario organizzativo. Altra ancora diversa ipotesi abbastanza spesso ricorrente nella prassi è che si presentino più ricorsi, ma chiedendo che, dopo l'istruttoria per l'ammissione, il Tribunale ove ritenga sussistenti autonomamente i requisiti e reputi opportuna la trattazione unitaria dell'insolvenza, pronunci un solo decreto di ammissione riunendo le procedure. In questo caso vi saranno più ricorsi ed un solo decreto di ammissione.

Si deve osservare, sotto il profilo pratico del funzionamento delle cancellerie che la presentazione di un solo ricorso riduce il prelievo fiscale del contributo unificato, impedendo che lo stesso si verifichi per ogni società che chiede il beneficio, ciò in sede di ispezione contabile amministrativa normalmente viene rilevato dai soggetti preposti a tale attività, come comportamento deviante/omissivo delle cancellerie che necessita un immediato ripristino della perdita economica per l'erario. Probabilmente potrebbe giungersi ad evitare tale rilievo postumo attraverso il prelievo cumulativo dei contributi unificati, uno per ogni società pur nell'ipotesi in cui le stesse presentino un unico ricorso per l'ammissione al beneficio del concordato preventivo.

Sul punto della pluralità o meno di ricorsi si rammenta una interessante decisione del tribunale di Ivrea la quale ha affermato che la trattazione unitaria non può restare limitata al solo piano processuale, mettendo in rilievo le connessioni di interdipendenza tra le diverse società, essa consente anche una visione degli aspetti sostanziali più completa al fine di far comprendere come determinate operazioni non

RELAZIONI A CONVEGNI

possono essere compiute se non coinvolgendo unitariamente l'intero gruppo²³⁶. In questo caso le società avevano tutte sede nel circondario del Tribunale e avevano tutte presentato contemporaneamente il ricorso, possedendo autonomamente tutte i requisiti di ammissione. Si è provveduto allora alla nomina con unico decreto di un unico giudice delegato ed un commissario e si è dato vita ad un solo giudizio di omologazione.

B.1. Un solo piano ?

In generale l'aspirazione è quella a predisporre un piano unico, ma le realtà conosciute in cui ciò è stato realmente possibile non sono molte, oltre al citato T. Terni del 2010, nella mia esperienza c'è stato il piano unico del gruppo B Burago gruppo di società leader nel settore di giocattoli e dei modellini per auto ove il piano di cessione era unico in quanto ancora una volta il gruppo era la suddivisione lavorativa dell'intero ciclo di realizzazione del prodotto e solo la possibilità di far travasare gli utili da un soggetto all'altro avrebbe potuto legittimare il concordato per quei soggetti che essendo quelli produttivi e fornitori di servizi e non commerciali, non avevano attivo reale da ripartire se non ingenti crediti infragruppo, inedito del Tribunale di Monza²³⁷ (perché ben presto finito in fallimento ai sensi dell'art. 173)

C) Un decreto di ammissione?

In ordine alla modalità di ammissione, ovvero se occorranza più decreti ovvero un decreto solo vi sono soluzioni diverse. Il Tribunale di Roma 7.03.2011²³⁸ come si è visto ha ammesso la proposizione di un unico ricorso di concordato preventivo riguardante più imprese del medesimo gruppo, a condizione che nel medesimo piano aziendale lo stesso tenesse distinte le masse patrimoniali delle singole società e prevedesse singole votazioni e deliberazioni per ciascuna di esse, sia pure nell'ambito temporale e spaziale di un'unica adunanza. Il tribunale di Crotone invece, con una pronuncia emessa nella vigenza del vecchio rito aveva ammesso la proposizione di un unico ricorso da parte di società o imprese individuali costituenti un unico gruppo, ammettendo l'unitarietà della procedura anche in relazione all'adunanza dei creditori²³⁹.

Come si è già visto anche il Tribunale di Ivrea citato ha ammesso un solo decreto, con nomina di organi unitari per tutti i soggetti del gruppo ed unico giudizio di omologazione.

Un caso a parte è quello che in alcune pronunce giurisprudenziali è stato delineato nell'ipotesi che si avessero società di persone con totale identità dei soci illimitatamente responsabili, ipotesi che si realizzano quando vi siano più società in nome collettivo con la medesima compagine sociale, o più società in accomandita

²³⁶ T. Ivrea, 21.02.1995, in *Fall.*, 1995, 969.

²³⁷ T. Monza 7.7.2005, inedito.

²³⁸ In *Dir. fall.*, 2011, II, 257, pronuncia in armonia con la precedente T. Roma 23.12.1997, in *Fall.*, 1998, 1091.

²³⁹ T. Crotone, 28.5.1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 1533, annotata da COLOGNESI.

RELAZIONI A CONVEGNI

semplice con i medesimi accomandatari. In quest'ultimo caso alcune pronunce hanno affermato che è possibile presentare un unico ricorso e costruire una procedura unitaria in quanto appare indispensabile organizzare ciascuna procedura in modo da consentire una risoluzione unitaria dell'insolvenza²⁴⁰

D) La distinzione delle masse sociali (quindi delle maggioranze) e delle adunanze .

Naturalmente l'unitarietà non può spingersi sino a confondere le posizioni soggettive dei terzi creditori, con la conseguenza che vanno tenute distinte le masse dei singoli soggetti giuridici, che hanno autonomia patrimoniale e soggettività giuridica, ed in ogni caso ne consegue la ineliminabile necessità di tenere tante adunanze dei creditori quante sono le società ammesse alla procedura²⁴¹.

Nulla vieta di tenerle lo stesso giorno, al fine di porre in essere delle modalità semplificatorie, ma sembra imprescindibile che siano tenute distinte perchè va differenziata e ricostruita per ogni società la disamina delle maggioranze che devono sussistere in tutti gli enti collettivi aggregati.

Diversamente T. Terni 19 maggio 1997, ha ammesso un solo ricorso ed una procedura unitaria con una adunanza unica in quanto sarebbe stato dannoso procedere a valutazioni separate sia per i creditori che per le società istanti.²⁴² T. Ivrea 21.02.1995 ha ammesso un unico decreto, una adunanza ed un giudizio di omologazione all'interno del quale però andavano predisposti distinti stati passivi per ogni soggetto aggregato, il che fa comprendere come anche i voti avrebbero dovuto essere distinti.

Più recentemente l'orientamento è stato ripreso da T. Pavia nel caso Yomo²⁴³ che ha affermato la necessità di considerare unitariamente la procedura e la proposta ritenendo però che le maggioranze andassero raggiunte separatamente distinguendo le singole masse attive e passive in distinte adunanze. Non poteva infatti la reale situazione economica ed imprenditoriale prevalere sull'assetto giuridico, ciò anche alla luce della legge 39 del 2004.

Ancora più vicina l'affermazione di T. Roma 07.03.2011, che ha chiarito, sotto il profilo sostanziale che la scelta di autonomia privata del concordato preventivo relativo al gruppo è certamente legittima alla luce del principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 c.c., oltre che per la considerazione secondo cui, presentandosi il

²⁴⁰ si veda T. Messina 30.11. 1998, in *Foro it.*, 2000, I, 1327 annotata da FABIANI ed anche la interessante T. Terni 19.5. 1997, in *Fall.*, 1998, n. 3, con nota di FABIANI, la quale ammetteva la unitarietà della trattazione del dissesto di tre società in accomandita semplice che avevano il medesimo socio accomandatario.

²⁴¹ T. Ivrea 21.02.1995, in *Fall.*, 1995, 969, in realtà si tratta di un principio generale che tutte le pronunce e la dottrina stessa affermano.

²⁴² In *Fall.*, 1998, 290 con nota di FABIANI.

²⁴³ Inedito, riportato da A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*.

RELAZIONI A CONVEGNI

concordato preventivo come procedura concorsuale dell'impresa, non può che prendere in considerazione l'impresa stessa in tutte le conformazioni che ne costituiscono esplicazione pratica. Chiarendo che sotto il profilo processuale è ammissibile un unico ricorso per l'ammissione al concordato preventivo riferibile all'impresa di gruppo, che contenga la posizione di più società commerciali e richieda, un'unica adunanza. All'interno di questa, però le deliberazioni vanno assunte separatamente ed autonomamente per ciascun soggetto societario e con riferimento al gruppo di creditori ad esso riferibili.²⁴⁴

Una voce discordante invece si rinviene da parte del Tribunale di Crotone 28.05.1999, già citato, ove venne tenuta una adunanza unica ed il mancato raggiungimento delle maggioranze in una delle società non è stato ritenuto ostativo per la prosecuzione ed omologa della procedura. In questo caso il Tribunale che avrebbe potuto dichiarare fallite tutte le società, o solo quella ove le maggioranze non si erano raggiunte o ancora valorizzare che le altre tre erano favorevoli ed omologare il concordato di gruppo, ha optato per la terza prospettiva osservando che il concordato era conveniente per tutti i creditori.

Sulla stessa lunghezza d'onda dell'unica adunanza ed unica maggioranza onnicomprensiva per tutti i soggetti è il Tribunale di Terni, 30.12.2010 in *Il caso. It*, che afferma come ciò sia ammissibile quando le società del gruppo sono apparentemente autonome ma rispondono invece ad una logica unitaria in quanto sono soggette ad influenza dominante di un unico soggetto, la struttura organizzativa sia unica così come quella produttiva, caratterizzate da una integrazione fra le attività esercitate dalle varie imprese e con coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario rimessa ad un unico soggetto direttivo. A maggior ragione poi se il concordato è caratterizzato da un assuntore e preveda la soluzione della continuazione aziendale unitaria, con mantenimento delle unità lavorative e l'abbattimento dei costi²⁴⁵.

G) il tema delle adesioni parziali in fase di voto.

Di un certo interesse in questo ambito è rammentare che l'adunanza, se vi sono più soggetti in dissesto che chiedono il concordato, può essere unica, come si è visto, nel senso che può svolgersi in uno stesso giorno, ma deve ottenere le maggioranze in ogni massa, occorre perciò chiedersi cosa avvenga nell'ipotesi che solo alcune masse abbiano raggiunto la maggioranza ed altre no, per cui alcuni soggetti non hanno raggiunto le condizioni per poter trattare unitariamente il dissesto. Di regola il mancato raggiungimento delle maggioranze da parte di uno o più masse esclude la praticabilità della soluzione concordataria per tutti i soggetti richiedenti, in quanto la soluzione è

²⁴⁴ Su *Il caso.it*, pres Monsurrò e est. Di Marzio.

²⁴⁵ Conforme T. Ancona 22.09.2006, inedito, est. Ragaglia, e T. Benevento 18.01.2012, in *Il caso.it*.

RELAZIONI A CONVEGNI

unitaria. Solo eccezionalmente i soggetti che hanno raggiunto la maggioranza sono in grado autonomamente di reggere ugualmente il proprio disegno di soluzione della crisi, soprattutto se si tratta dei soggetti maggiormente patrimonializzati che avrebbero dovuto, sostenere il peso anche della crisi altrui e trovandosi senza di essa possono ugualmente operare. L'ipotesi va esaminata caso per caso al fine di accertare se, dopo il voto, vi può essere una scissione del gruppo che consenta ai soli soggetti che hanno raggiunto le maggioranze di coltivare il concordato.

F) Il tema delle garanzie infragruppo nelle società di persone con soci illimitatamente responsabili ed il 184 l.f.

Di grande interesse all'interno del concordato preventivo di gruppo è il trattamento delle cosiddette garanzie infra gruppo in quanto una delle caratteristiche tipiche dell'atteggiarsi dei passivi delle società facenti parte di un'unica aggregazione economica e finanziaria è quello di avere una moltiplicazione della medesima obbligazione nel passivo delle molteplici società del gruppo, di cui una appare il debitore principale e le altre sono garanti dell'esposizione con il proprio patrimonio, soprattutto se si tratta di holding che compiono un'attività di tipo finanziario, quale il reperimento delle risorse che le società controllate utilizzano.

La concezione unitaria del dissesto e il concorso sull'unico patrimonio unitario produrrebbe la riconduzione ad unità dell'obbligazione, anche se pur tuttavia chi ha un garante deve godere della moltiplicazione delle chances di adempimento derivante dall'avere più soggetti obbligati.

Secondo alcuni la corretta interpretazione dell'art. 184 l.f. in tema di esdebitazione e di obbligatorietà del concordato per i creditori anteriori al deposito del ricorso, dovrebbe favorire i concordati di gruppo nelle società di persone ove spesso l'impegno fideiussorio viene assunto dai soci. Essi infatti subiscono l'efficacia del concordato, salvo patto contrario e, perciò, sono liberati in deroga al secondo comma quando la società paga la percentuale promessa anche se sono fideiussori. Usufruendo di questa interpretazione il Tribunale La Spezia ha consentito la apparente gestione di più concordati, unitaria sull'assunto che essi avrebbero conferito tutti in una new co che avrebbe assunto la forma della società in nome collettivo, le aziende restando a loro volta soci delle stesse. Successivamente la medesima nuova società avrebbe presentato domanda di concordato e le società, socie della stessa avrebbero potuto, in applicazione dell'articolo 184 godere della esdebitazione per la parte di credito non adempiuto dal concordato della *newco*,²⁴⁶.

²⁴⁶ T. La Spezia, 2.05.2011, in *Il caso.it*.

RELAZIONI A CONVEGNI

G) L'espedito delle fusioni

Assai diffusa è la tipologia di ricorso con il quale unitariamente due società chiedono di essere ammesse alla procedura di concordato ipotizzando un piano nel quale è prevista l'effettuazione di una operazione straordinaria sul capitale in forma di fusione, condizionata all'approvazione del concordato ed all'omologa della proposta²⁴⁷. Normalmente la fusione si attua tra la controllata e la casa madre (che sovente ha una percentuale di controllo pressochè totale che la obbligherebbe a rispondere dei debiti della controllata comunque) ed i presupposti della stessa sono costituiti dalla approvazione, da parte delle due masse del piano di gruppo unitario del concordato. Le modalità con le quali si opera di consueto sono le seguenti :

- 1) subordinazione nell'atto di fusione degli effetti della stessa alla omologa;
- 2) si fanno decorrere i termini del 2503 c.c. per le opposizioni dei singoli creditori delle due società interessate (60 giorni) prima dell'omologa che quindi deve svolgersi ben dopo i 60 giorni dalla pubblicazione della delibera di fusione;
- 3) deve svolgersi dopo la delibera e prima della omologa anche la votazione delle varie masse, ognuna singolarmente intesa ;

In sede di omologa i creditori possono opporsi al concordato, ma, se i 60 giorni sono già decorsi non possono farlo opponendosi alla fusione²⁴⁸.

L'ipotesi ricorrente è quella di una società che viene fusa per incorporazione nell'altra al fine di far venire meno gli effetti risalenti di uno *spin off* col quale in precedenza i creditori della società operativa sono stati privati dei beni immobili o dei beni intangibili che costituivano il patrimonio sociale prevalente. Questa operazione, che usualmente sarebbe censurabile e pericolosa per i creditori, perché farebbe venire meno per i creditori della società in capo alla quale sono stati posti i beni, la garanzia del patrimonio sul quale hanno fatto affidamento i suoi creditori contraendo, in questo caso è vista positivamente dal Tribunale perché ripristina, invece, la garanzia iniziale che possedevano i creditori della società che è stata scissa, inoltre inerte il fenomeno della duplicazione del medesimo passivo in più sedi (l'una come obbligo principale l'altro come obbligo di garanzia legale o contrattuale). E' certamente ammissibile e auspicata perciò quando la platea dei creditori della società incorporante, che viene apparentemente spogliata colla fusione, combacia in misura rilevante con quella della società incorporata o è identica, come avviene nei casi di controllo al 100%. L'espedito, utilizzato quando alcuni creditori non coincidono, con il quale si inerte

²⁴⁷ Cfr T. Monza, 24. 04. 2012 in *Il Caso .it*

²⁴⁸ Secondo una parte della dottrina la fusione diviene una modalità di soluzione della crisi e, perciò, non sarebbe più percorribile il 2503 c.c. autonomamente, ma solo l'opposizione al concordato; tale soluzione però non ha appligi testuali, ma solo latamente sistematici e, quindi, non pare certa. Più sicuro, invece, l'orientamento che reputa non più utilizzabile l'opposizione a concordato per dolersi delle criticità proprie della fusione per le quali il creditore non si sia avvalso dell'art. 2503 c.c. tempestivamente.

RELAZIONI A CONVEGNI

il divieto di violazione del 2740 c.c. è di regola l'immissione di nuova finanza esterna colla quale si parifica la *performance* che i creditori avrebbero avuto liquidando il patrimonio della propria società, senza la partecipazione di quelli della incorporata. Secondo la dottrina e la giurisprudenza solo così lo schema del piano di gruppo si sottrae alla censura di legittimità²⁴⁹.

In questo ambito si inserisce la nuova elaborazione teorica che sta compiendo il Prof Sandulli, accennata nel corso del convegno di Alba, il quale sostiene che l'impresa è l'espressione più alta della fantasia economica dell'uomo. Se nel fallimento è coinvolto tutto il patrimonio del debitore poiché c'è l'insolvenza, nel concordato non necessariamente determinato dall'insolvenza tutto il patrimonio può essere gestito e coinvolto in modo differente e ciò può consentire di affrontare unitariamente il dissesto di gruppo trovando una risposta coerente e soddisfacente. L'art. 160 l.f. ha un profilo negoziale lasciato alla fantasia dell'imprenditore proponente, le soluzioni contenute nel testo normativo sono tipiche ma non tassative, ma ve ne sono molte altre atipiche che sono ammissibili a patto che rientrino all'interno della causa concreta del negozio concordatario, indicata dalla pronuncia 1521 del 2013 della Cassazione a sezioni unite. Le stesse devono essere esaminate alla luce dell'art. 1322 c.c. per appurare se nell'ambito della autonomia privata sono meritevoli di tutela. Secondo l'autore l'imprenditore può assumere forme diverse da quelle usuali purché legittime, quindi anche il gruppo è una articolazione d'impresa che può legittimamente essere assunta e, sia che si presenti un unico ricorso o più ricorsi, uno per ogni soggetto coinvolto, risulta lecito tentare una soluzione unitaria concordataria (nella quale però ogni massa vota autonomamente).

L'art. 2740 c.c. non è un dogma, al di fuori del fallimento, infatti nel concordato è possibile attraverso il meccanismo delle classi operare una lesione della par condicio creditorum legittimamente, suddividendo in classi i creditori chirografari e riconoscendo loro trattamenti differenziati, benché la loro collocazione sia giuridicamente identica dinanzi al patrimonio dell'imprenditore in sede esecutiva. Questa osservazione induce ad affermare che il creditore di un imprenditore commerciale in concordato ha tutela diversa dal creditore civile, non ha la possibilità di ricorrere al 1186 c.c. perché subisce la revocatoria, ha il fallimento e i reati di bancarotta che tutelano il patrimonio.

Nel concordato, poi non si parla di pagamenti ma di soddisfazione tanto è vero che si possono corrispondere partecipazioni in società anche di nuova costituzione in funziona satisfattiva e ciò prescinde dal patrimonio del debitore. Per questo egli ritiene che il concordato di gruppo sia certamente ammissibile ma che il suo problema centrale sia la convenienza. Inertizzando l'operatività dell'art. 2447 c.c., occorre che il

²⁴⁹ In tal senso VITIELLO, in *Il Fallimentarista*, 2002, e la citata T. Monza 24.4.2012, in *Il caso. it.*

RELAZIONI A CONVEGNI

concordato di gruppo diretto o mediante fusione sia veramente conveniente per i creditori rispetto alla soluzione fallimentare.

In tema di fusione si ricorda che in precedenza c'era il problema della operatività dell'art. 2447 c.c. per cui la fusione era legittima solo se il patrimonio netto negativo di una delle società veniva coperto ed assorbito dalle riserve dell'altra. Dopo il decreto del fare, che ha inertizzato in caso di concordato l'operatività delle norme che ponevano in liquidazione legale le società con patrimonio netto negativo e imponevano delle iniziative per la prosecuzione dell'attività (stabilendo la responsabilità degli amministratori per i nuovi debiti) alcuni ritengono che la fusione sia sempre possibile anche tra soggetti con patrimonio netto negativo, a patto che, all'omologa esse riescano a recuperare la positività dei valori.

5) L'art.182 bis di gruppo.

Nel tribunale Monza quasi tutti i 182 bis presentati sono stati di gruppo, per realtà più o meno grandi sia per fenomeni aggregativi semplici in cui i rapporti fra la controllante e la controllata erano a pettine, sia quando erano a grappolo, attraverso sub holding. La struttura degli accordi di ristrutturazione è ancora più vicina alla realtà economica di quella del concordato preventivo ed è pertanto vero che presenta procedure che rispecchiano il reale svolgimento dell'attività economica del paese.

In realtà poiché il 182 bis è un accordo o un fascio di accordi puri nei quali si realizza la strategia di uscita dalla crisi dell'imprenditore, ove l'intervento del giudice è postumo, la redazione di un piano industriale unitario è assai più agevole, soggiace a limiti che sono solo quelli economici e finanziari, non trovando pastoi legali e la individuazione di una maggioranza appare più facile, posto che tutti i non aderenti vengono saldati integralmente, cosicché la unificazione di due società in una maggioranza sola perde la sua criticità tipica in ambito concordatario che è stata rinvenuta principalmente nell'annacquamento del dissenso.

La maggiore tecnicità del piano, e la maggiore attenzione dei creditori istituzionali, consentono la conclusione di accordi globali, rispetto ai quali sono i *covenants* imposti dai creditori a fornire i ritmi e la intensità dei controlli sull'adempimento.

Quindi spesso vi è stato un solo fascio di accordi (uno con le banche, uno con i fornitori strategici, uno con l'Erario, che ha investito tutte le società direttamente, in un unico contesto, seppure per ognuna sono previste obbligazioni, entità e tempistica specifica, nonché nuove garanzie.)

Anche l'attestazione risulta spesso unitaria, anche se per essa risulta più delicato l'aspetto vista la funzione di strumento conoscitivo per i creditori oltre che per il tribunale che l'attestazione riveste.

La sua ammissibilità è riconnessa unicamente alla completezza ed alla correttezza del suo contenuto, in quanto non dovendosi accertare l'assenza di

RELAZIONI A CONVEGNI

comportamenti lesivi della par condicio, posto che tale principio non è applicato di regola dentro il 182 bis, non sussistendo un'adunanza, non si presentano perciò molti degli aspetti negativi che ricorrono nel concordato preventivo di gruppo.

Le problematiche maggiori riguardano la durata che qui è liberamente legata alla adesione dei creditori e il tema della attestazione che non può necessariamente procedere ad una credibile prognosi decennale o ventennale (di qui le maggiori difficoltà in sede di omologa). A differenza del concordato ove non è possibile una composizione in tempi più lunghi della liquidazione ordinaria o fallimentare perché cessa la sua convenienza e viola il disposto della sentenza 1521 del 2013 che impone la celerità della soluzione concordataria, nel 182 bis l'adesione lo consente, infatti chi non aderisce, è soddisfatto dopo 120 giorni. L'attesa anche molto lunga del soddisfacimento, perciò, risulta legittima perché legata alla volontà della parte.

L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE BANCHE E DEI GRUPPI BANCARI

L'esame della disciplina della Amministrazione Straordinaria bancaria induce a formulare un giudizio di capovolgimento "tecnico" del rapporto esistente tra la disciplina delle crisi bancarie e la disciplina delle crisi delle imprese di diritto comune prima della riforma della legge fallimentare.

di **SIDO BONFATTI**

1. Premessa

Da un punto di vista *puramente tecnico*, nel passato la disciplina delle crisi di diritto speciale bancario ha ispirato la disciplina delle crisi di diritto comune: pensiamo alle operazioni di liquidazione attraverso "cessioni aggregate".

Sempre da un punto di vista puramente tecnico, oggi la disciplina delle procedure di crisi di diritto bancario, appare *più arretrata e meno efficace* della disciplina delle crisi delle imprese di diritto comune: pensiamo alla disciplina dei *rapporti giuridici pendenti*, con l'attribuzione all'impresa in crisi del diritto di:

- a) *imporre la continuazione* dei contratti "buoni",
- b) *imporre lo scioglimento* dei contratti "cattivi".

Il confronto tra le discipline di crisi di diritto speciale e le discipline di crisi di diritto comune deve però tenere conto di importanti questioni di carattere preliminare.

[A] Le "procedure di crisi" di diritto speciale bancario, a partire da quella *più tenue* (la gestione provvisoria), per finire a quella *più invasiva* (la L.C.A.), sono procedure autoritative: sono imposte alla impresa in crisi, anche contro la sua volontà [e per converso neppure possono essere *richieste* dall'impresa bancaria, se non come "segnalazione" della possibile esistenza dei presupposti per l'apertura di una procedura che rimane comunque "coatta"].

Le "procedure di crisi" di diritto comune, invece, sono per lo più "volontarie", nel senso che non possono essere imposte all'imprenditore in crisi, né dai creditori, né da qualche Autorità (sfuggono alla regola, ovviamente, il Fallimento e il procedimento di denuncia di irregolarità gestionale: art. 2409 cod.civ).

Quindi quando si confrontano i contenuti tecnici delle procedure di crisi di diritto speciale bancario e di diritto comune, non si deve mai dimenticare che i primi

RELAZIONI A CONVEGNI

discendono da una procedura che la legge ha ritenuto imponibile all'imprenditore, mentre i secondi riguardano una procedura (spesso) aperta su iniziativa dell'imprenditore: il che vuol dire che la trasposizione di determinati contenuti dalle prime procedure alle seconde, al di là di una valutazione puramente tecnica, deve fare i conti con la considerazione che per le procedure di crisi di diritto comune su base volontaria, questa trasposizione comporterebbe puramente e semplicemente il rifiuto dei relativi istituti (basti pensare alla sostituzione degli organi).

[B] Peraltro, all'impresa bancaria non è totalmente precluso il ricorso alle procedure di crisi di diritto comune su base volontaria:

- è precluso il ricorso al *Concordato Preventivo*, in virtù del disposto dell'art. 80 TUB
- non è precluso il ricorso al "*piano di risanamento attestato*", consentito quanto meno a qualsiasi "impresa" (art. 67, co. 3, lett. d)
- non è precluso il ricorso allo "*accordo di ristrutturazione*", consentito ad ogni "imprenditore", e non precluso dall'art. 80 TUB, perché non è una "procedura concorsuale" (come dimostrato dal "caso Delta" e dal "caso Sedici banca", che addirittura erano in amministrazione straordinaria).

Quindi, quando rileviamo delle *difformità tecniche* tra la disciplina della amministrazione straordinaria e la disciplina dei "Piani" e degli "Accordi", non dobbiamo valutare l'opportunità di una "trasfusione" dei secondi nella prima, perché si tratta di strumenti alternativi, con il risultato che alla Banca non è precluso di conseguire gli effetti dei "Piani" e degli "Accordi", a prescindere dal contenuto, ammodernato o no, della amministrazione straordinaria.

Se mai il confronto tecnico può essere tracciato – pur sempre tenendo presente che una è una "procedura" coatta, e l'altra è una procedura volontaria – tra amministrazione straordinaria e Concordato Preventivo c.d. "di risanamento", essendo entrambe rivolte a perseguire *il mantenimento della impresa sul mercato* ("direttamente" o "indirettamente").

Fatte queste premesse, valutiamo quali considerazioni principali suggerisce la disciplina della amministrazione straordinaria oggi, alla luce di:

- la crisi senza precedenti che ha investito le imprese di diritto speciale e le imprese di diritto comune;
- la risposta alla crisi data (in parte, suo malgrado: è stata avviata *prima* della crisi) dalla riforma della disciplina delle crisi di diritto comune;
- le prospettive di riforma della disciplina delle crisi delle imprese bancarie comunitarie.

RELAZIONI A CONVEGNI

2. I presupposti di apertura della amministrazione straordinaria: art. 70, co. 1, lett. a) e b)

(A) Va sottolineata la rilevanza delle *previsioni* di perdita: il carattere *fortemente valutativo* del presupposto, consente una forte anticipazione dell'adozione delle misure connesse all'apertura della "crisi".

Nel confronti con la disciplina delle crisi di diritto comune, va rilevato che:

- a) il carattere coatto della Procedura di amministrazione straordinaria deve fare considerare *con prudenza* la trasposizione di quanto presupposto nelle procedure di crisi di diritto comune, cioè nei confronti di imprese per le quali misure di accentuata prevenzione delle situazioni di crisi non sono giustificate dalla prospettiva di "crisi" sistemiche";
- b) non è impedito all'impresa di diritto comune di ricorrere a "procedure di crisi" in situazioni di c.d. "pericolo di insolvenza", né relativamente al ricorso all'istituto del "Piano di risanamento attestato"; né relativamente al ricorso all'istituto dello "Accordo di ristrutturazione" (nel quale il presupposto dello "stato di crisi" deve essere inteso *diversamente* da come viene inteso in relazione all'ammissione al Concordato preventivo).

(B) Va segnalata la rilevanza delle cc.dd. "crisi di legalità", con particolare riguardo alla circostanza che in esse si ritengono comprese anche le situazioni di difficoltà derivanti da inefficienza degli organi di Amministrazione.

Il paragone con la disciplina di diritto comune evidenzia la inadeguatezza di quest'ultima, essendo presenti anche per le imprese di diritto comune esigenze di tutela degli interessi dei terzi (in particolare i creditori) nei confronti di irregolarità o inefficienza gestionali dell'impresa, che trovano una risposta poco efficace negli istituti disponibili per darvi rilevanza (art. 2409 cod.civ.).

3. L'efficacia della *governance* della banca assoggettata alla amministrazione straordinaria

La disciplina della *governance* della banca dopo l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria si rivela adeguata al perseguimento degli obiettivi posti agli Organi di amministrazione e controllo, che sono rappresentati da:

- i) accertamento della situazione aziendale;
- ii) rimozione delle irregolarità;
- iii) promozione delle misure atte alla risoluzione (o composizione) della crisi.

Sono infatti funzionali a perseguire in modo efficace tali obiettivi le disposizioni concernenti:

RELAZIONI A CONVEGNI

- a) la rimozione degli organi di amministrazione (sostituiti da Commissari straordinari nominati dall'Autorità di Vigilanza);
- b) la rimozione degli organi di controllo (sostituiti da un Comitato di sorveglianza parimenti nominato dalla Autorità di Vigilanza);
- c) la sospensione delle assemblee dei soci;
- d) la limitazione della legittimazione alla convocazione delle assemblee dei soci ai soli Commissari straordinari;
- e) il vincolo alle assemblee dei soci pur convocate su iniziativa dei soli Commissari straordinari a deliberare unicamente sugli argomenti posti all'ordine del giorno dagli stessi (art. 72, co. 6, TUB);
- f) la inapplicabilità delle norme societarie di diritto comune, delle norme statutarie, o dei patti parasociali, relativi ai poteri di controllo (sull'organo amministrativo) dei "titolari di partecipazioni" (rilevanti) – art. 72, co. 1, TUB -;
- g) il divieto di richiesta al tribunale della sospensione delle decisioni dei Commissari straordinari, soggette ad autorizzazione o comunque attuative di provvedimenti della Banca d'Italia, benchè impugnate (art. 72, co. 1, TUB).

Alla adeguatezza della disciplina di diritto speciale bancario per ciò che concerne l'efficienza della *governance* dell'impresa "in stato di crisi" corrisponde una disciplina di diritto comune nel complesso insoddisfacente, se si esclude quella concernente *l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita* (nel quale l'imprenditore è sostituito dal curatore fallimentare, salvo valutare come esso possa efficacemente gestire una impresa senza presumibilmente possedere competenze specifiche).

Per ciò che concerne le altre "procedure", gli interventi sulla *governance* si limitano a prevedere – e non sempre – la limitazione della gestione dell'impresa agli atti di "ordinaria amministrazione": e non risulta neppure riprodotta la disposizione (art. 191 l.fall. previgente) che nella procedura concorsuale rivolta a conseguire il risanamento dell'impresa (la amministrazione controllata) prevedeva la possibilità per il tribunale, *anche d'ufficio*, di "affidare al Commissario giudiziale, in tutto o in parte, la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni del debitore, determinandone i poteri".

4. la disciplina del risanamento della banca in amministrazione straordinaria: A) l'efficacia degli "incentivi" relativi alla gestione dell'impresa

La disciplina degli effetti dell'assoggettamento della banca ad amministrazione straordinaria sui rapporti con i terzi, sui rapporti giuridici preesistenti e sui rapporti posti in essere in corso di "procedura" non risulta adeguato, in termini generali, rispetto all'obiettivo della restituzione della banca alla gestione ordinaria (cioè a conseguire il c.d. "risanamento diretto").

RELAZIONI A CONVEGNI

L'unico effetto che viene previsto per "agevolare" la gestione (finanziaria) della banca assoggettata ad amministrazione straordinaria è rappresentato dalla misura (avente peraltro carattere eccezionale – anche da un punto di vista statistico -, e per nulla abituale) della "sospensione dei pagamenti" (art. 74 TUB).

Tale "agevolazione", peraltro, si rivela scarsamente efficace – oltre che, come detto, raramente applicata in fatto -, per le circostanze che:

- (i) essa "*ha luogo per un periodo non superiore ad un mese, prorogabile eventualmente ... per altri due mesi*";
- (ii) postula l'accertamento della esigenza di "*tutela degli interessi dei creditori*", quindi il raggiungimento di un livello a tal punto pronunciato dalla situazione di "crisi", da compromettere il rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

Per converso, non si produce in funzione della agevolazione del superamento della crisi della banca in amministrazione straordinaria alcuno degli "incentivi" introdotti nella disciplina delle procedure di crisi della imprese di diritto comune, in funzione dell'obiettivo di favorirne il risanamento, quali:

- la esenzione dall'azione revocatoria degli atti di esecuzione del "piano" di risanamento (cfr. artt. 67, co. 3, lett. d) ed e) l.fall.);
- la esimente da responsabilità penale per fatti astrattamente rilevanti come presupposti dei reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice per aggravamento del dissesto derivante dal ritardo della apertura di una procedura concorsuale liquidativa (cfr. art. 217-bis l.fall.);
- il divieto dell'inizio o della continuazione di azioni esecutive o cautelari (cfr. artt. 182-bis e 168 l.fall.);
- la sospensione dell'applicabilità delle norme poste a tutela dell'integrità del capitale sociale (cfr. art. 182-sexies l.fall.);
- il divieto per i contraenti *in bonis* di risolvere i contratti pendenti in conseguenza della situazione di "crisi" dell'impresa bancaria (cfr. art. 186-bis l.fall.);
- il diritto di sciogliere i contratti pendenti pregiudizievoli (cfr. art. 168-bis l.fall.).

Oltre a ciò – e soprattutto –, l'impresa bancaria assoggettata ad amministrazione straordinaria non potrà contare sul possibile sostegno finanziario di terzi – vuoi che si tratti di altri intermediari presso i quali finanziarsi, per esempio sul mercato interbancario; vuoi che si tratti più banalmente di clienti depositanti dai quali attingere la raccolta del risparmio funzionale a sostenere la erogazione del credito -, attraverso l'incentivo rappresentato dalla prededuzione dei loro crediti nel contesto della amministrazione straordinaria pendente e/o nell'eventuale liquidazione coatta amministrativa "consecutiva", dovendosi escludere che la Amministrazione Straordinaria bancaria abbia natura di "procedura concorsuale", e conseguentemente

RELAZIONI A CONVEGNI

doendosi escludere l'applicabilità dell'art. 111, co. 2, l.fall. ai crediti pur "*sorti in occasione o in funzione*" dell'Amministrazione Straordinaria bancaria.

E' (anche) per tali ragioni – la mancanza di agevolazioni o "incentivi" funzionali a favorire il risanamento dell'impresa bancaria in crisi, con deroghe al diritto comune che ne facilitino il ritorno all'equilibrio economico e finanziario compromesso – che la disciplina dell'Amministrazione Straordinaria bancaria si rivela poco efficace in astratto (ed effettivamente raramente funzionale in concreto) a favorire il ritorno dell'impresa bancaria alla gestione ordinaria (c.d. "risanamento diretto"), pervenendo per lo più, invece, a conseguire soluzioni aggregative, attraverso la cessione dell'azienda o dei diversi rami d'azienda ad altri intermediari finanziari; la fusione con imprese bancarie caratterizzate da maggiore solidità patrimoniale ed efficienza; la effettuazione di operazioni di "cessione di attività e passività" (cc.dd. "risanamento indiretto").

Per converso, la disciplina delle procedure di crisi di diritto comune prevede una pluralità di "incentivi" a perseguire tramite le stesse il risanamento dell'impresa in crisi (in modo "diretto" o "indiretto"), con speciale – ma non esclusivo – riferimento, per ciò che concerne gli "Accordi di ristrutturazione" (art. 182-*bis* l.fall.) ed il Concordato preventivo (art. 160 ss.l.fall.), alla promozione del sostegno finanziario dell'impresa attraverso la assicurazione del collocamento in prededuzione – tanto all'interno della singola procedura di crisi; quanto nel contesto dell'eventuale procedura concorsuale liquidativa "consecutive" (il fallimento) - di una articolata serie di finanziamenti, quali:

- (i) i finanziamenti funzionali *all'accesso* alla "procedura" (cfr. art. 182-*quater*, co. 2, l.fall.);
- (ii) i finanziamenti cc.dd. "*interinali*", tra domanda di ammissione alla "procedura" (o di omologazione dell'accordo) e l'omologazione della stessa (cfr. art. 182-*quinquies* l.fall.);
- (iii) i finanziamenti erogati *nel corso* della procedura (concordataria): cfr. art. 167 l.fall.
- (iv) i finanziamenti erogati *per l'esecuzione* del "piano" di risanamento (cfr. art. 182-*quater*, co. 1, l.fall.);
- (v) i "*finanziamenti-soci*" (cfr. art. 182-*quater*, co. 3, l.fall.).

5. Segue. B) Il ruolo dei fondi di tutela dei depositanti.

La disciplina delle misure applicabili alla banca assoggettata ad amministrazione straordinaria per consentire il superamento della situazione di "crisi" mediante un risanamento che può assumere tanto la forma del risanamento "diretto" – ma, di norma, con cambiamento comunque del controllo societario -, quanto la forma del risanamento "indiretto", deve comprendere anche il ricorso all'intervento dei Fondi di Tutela dei Depositanti (attualmente, il *Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi* – FITD – per le

RELAZIONI A CONVEGNI

banche costituite in forma di s.p.a. o di banca popolare; e il *Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo – FGD* – per le banche costituite in forma di banca di credito cooperativo).

Tali “Fondi”, infatti, per legge (cfr. art. 96-bis, co. 1, TUB) e per Statuto (cfr. art.10 e 29 Statuto FITD; e artt. 3, co. 1, lett. b) e 33 ss. Statuto **FGD** e art. 1 ss. dell’Allegato “interventi di sostegno” possono intervenire *non soltanto* per l’effettivo “rimborso dei depositanti” nelle ipotesi di dissesto (*liquidazione coatta amministrativa*) dell’impresa bancaria, *ma anche* per favorire il risanamento (“diretto” o “indiretto”) della banca anche in Amministrazione Straordinaria (e non solo).

Più in particolare, il FITD può intervenire per favorire il risanamento della banca (lucrativa o popolare):

- a) *nel contesto di una procedura di liquidazione coatta amministrativa con interventi funzionali alla esecuzione di “Operazioni di cessione di attività e passività, di azienda, di rami di azienda, nonché, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco”*: art. 28 Statuto;
- b) *nel contesto di una procedura di amministrazione straordinaria con “interventi di sostegno” della banca “quando sussistano prospettive di risanamento” (e sia previsto un minor onere rispetto al rimborso dei depositanti in caso di disposizione della liquidazione coatta amministrativa)*: art. 29 Statuto.

Il FGD, a sua volta, può intervenire per favorire il risanamento della banca di credito cooperativo:

- a) *nel contesto di una procedura di liquidazione coatta amministrativa, con interventi funzionali alla esecuzione di “operazioni di cessione di attività e passività, di azienda, di rami di azienda, nonché di rapporti giuridici individuabili in blocco”* (art. 33 Statuto);
- b) *nel contesto di una procedura di amministrazione straordinaria - nonché in gestione provvisoria - con “interventi di sostegno ... integrativi di un piano aziendale di risanamento” della BCC* (cfr. Art. 34 Statuto; artt. 1 – 4 Allegato “Interventi integrativi di sostegno”).

Il FGD, inoltre, può intervenire per favorire il superamento della situazione di crisi di una BCC consorziata, anche “in assenza di procedura” (cfr. art. 35 Statuto), e in particolare:

- a) con “*interventi integrativi di sostegno ... previa presentazione ... di un completo piano di risanamento ...*” (art. 35 Statuto; artt. 1 – 4 Allegato “Interventi integrativi di sostegno”);

RELAZIONI A CONVEGNI

- b) con interventi di sostegno “*per rendere possibili operazioni di concentrazione, nelle varie forme tecniche e giuridiche, delle BCC in difficoltà*” (cfr. art. 5 Allegato “*Interventi integrativi di sostegno*”).

La *funzionalità* degli “interventi” dei Fondi di garanzia dei depositanti a favorire il risanamento dell’impresa bancaria in crisi (e, poniamo, in Amministrazione Straordinaria), non va ricavata soltanto dalle *previsioni statutarie e regolamentari* passate in rassegna, ma anche – e soprattutto – dalla vera e propria attitudine degli “*Interventi di sostegno*” a costituire *strumenti di esercizio della Vigilanza* esercitata dall’autorità di settore (la Banca d’Italia) sulle imprese bancarie.

Benchè i “Fondi” si presentino come Enti “privati”, vuoi per forma giuridica, vuoi per le fonti di finanziamento, in realtà la loro autonomia rispetto alle iniziative assunte dalla Banca d’Italia per la gestione delle situazioni di “crisi” delle imprese bancarie risulta estremamente ridotta, in ragione delle circostanze che:

- 1) la Banca d’Italia “riconosce i sistemi di garanzia, *approvandone gli Statuti* (che dunque dovranno dare attuazione in modo soddisfacente alla previsione legale secondo la quale i sistemi di garanzia “*possono*” prevedere forme di intervento ulteriori rispetto al rimborso dei depositanti in sede di liquidazione coatta amministrativa della banca): art. 96-ter, co. 1, lett. a), TUB);
- 2) la Banca d’Italia “*coordina le attività dei sistemi di garanzia con la disciplina delle crisi bancarie e con l’attività di vigilanza*”: art. 96-ter, co. 1, lett. b);
- 3) la Banca d’Italia “*autorizza gli interventi*” dei sistemi di garanzia: art. 96-ter, co. 1, lett. c);
- 4) la Banca d’Italia opera, in tale contesto, “*avendo riguardo (non solo) alla tutela dei risparmiatori e (anche) alla stabilità del sistema bancario*”: art. 96.ter, co. 1;
- 5) la Banca d’Italia presenzia con un proprio Allegato alle riunioni sia del consiglio che del Comitato di Gestione del Fondo (cfr. artt. 13, co. 6 e 16, co. 3, Statuto FITD; e artt. 16, co. 6, e 19, co. 2, Statuto FDG).

Va da sé che sotto il profilo qui considerato non si riscontrano istituti corrispondenti nell’ambito delle procedure di crisi di diritto comune.

6. L’amministrazione straordinaria del “gruppo bancario”

La disciplina dell’Amministrazione Straordinaria delle imprese bancarie registra elementi di specificità, rispetto alla disciplina delle crisi d’impresa di diritto comune, con riguardo al fenomeno della “crisi di gruppo”, senza peraltro pervenire ad esiti sconvolgenti.

Innanzitutto le Autorità di settore possono, rispettivamente, proporre e disporre l’assoggettamento della “Capogruppo” alla procedura di amministrazione straordinaria

RELAZIONI A CONVEGNI

anche in conseguenza di una crisi per così dire soltanto “indiretta”: determinata cioè non da irregolarità gestionali o da previsioni di perdite proprie, ma dalla alterazione (“*in modo grave*”) dell’equilibrio finanziario o gestionale del “gruppo” conseguente all’assoggettamento ad una “procedura di crisi” di altra società appartenente al “gruppo” (art. 98, co. 1, TUB). Da un punto di vista formale *qualsiasi* “procedura di crisi” (dal fallimento alla semplice denuncia di irregolarità *ex art. 2409 cod.civ.*) disposta nei confronti di una società del “gruppo” avrebbe l’attitudine a costituire il teorico presupposto dell’assoggettamento ad amministrazione straordinaria della “capogruppo” – ivi comprese, quindi, le procedure attivabili anche in conseguenza di crisi cc.dd. “*di legalità*” -, ma in fatto è da presumere che solo le “crisi” di natura economico-patrimoniale-finanziaria possano rappresentare un attentato all’equilibrio finanziario e gestionale del “gruppo”, idoneo a giustificare l’adozione del provvedimento di rigore della amministrazione straordinaria sulla “capogruppo” – evidentemente in funzione preventiva di un eventuale “contagio” -.

In secondo luogo viene affermata la legittimazione dei Commissari Straordinari della “Capogruppo” a revocare o sostituire gli amministratori delle altre società del “gruppo”, al fine “*di realizzare i mutamenti degli indirizzi gestionali che si rendano necessari*”. Ciò assumerebbe uno speciale significato, se il “gruppo” bancario potesse essere connotato da caratteri di eterogeneità, tali da evidenziare la eccezionalità del condizionamento della gestione di società operanti in settori estranei al mercato bancario (poniamo: settori industriali propriamente detti) al risanamento della “Capogruppo” bancaria in amministrazione straordinaria. La particolarità della disposizione è peraltro fortemente attenuata dal carattere necessariamente omogeneo del “gruppo” qui in considerazione (il cui perimetro può comprendere in sostanza soltanto società bancarie o finanziarie, salve le società cc.dd. “strumentali”: art. 60 TUB).

In terzo luogo, l’assoggettamento ad amministrazione straordinaria della “Capogruppo” bancaria rende assoggettabili a tale procedura (e più in generale alle “procedure di crisi” delle imprese bancarie) anche le altre società del “gruppo” – ove beninteso ne ricorrano per ciascuna i presupposti -, benchè anche non siano. Anche tale previsione si rivela peraltro di impatto assai limitato, finendo per costituire una disposizione eccezionale soltanto per le cc.dd. società “strumentali” (essendo le altre società del “gruppo” bancario, per definizione, o banche o intermediari finanziari, come tali soggetti essi stessi alla “disciplina delle crisi” delle imprese bancarie, ovverosia a discipline del tutto analoghi – come quelle previste per gli intermediari finanziari non bancari del Testo Unico della Finanza (d.lgs. n. 58/1998, artt. 51 ss.) -.

Nulla di eccezionale è poi da segnalare nella creazione dei presupposti per un più agevole coordinamento tra procedure attraverso la designazione di “organi” comuni (art. 103 TUB).

RELAZIONI A CONVEGNI

Anche in questo campo, in ogni caso, non si riscontrano discipline maggiormente significative nelle procedure di crisi delle imprese di diritto comune, se si eccettuano le non molte disposizioni che riguardano l'ipotesi di assoggettamento di una pluralità di società alla *amministrazione straordinaria* ("estensione" della amministrazione straordinaria alle altre imprese del "gruppo" – purchè versanti in stato di insolvenza -; "*responsabilità nel caso di direzione unitaria*"; azioni revocatorie infragruppo "aggravate": cfr. artt. 80 ss. d.lgs. n. 270/1999).

7. La disciplina delle crisi dell'impresa bancaria nella prospettiva della integrazione comunitaria.

La prospettiva della approvazione di una disciplina comunitaria per le situazioni di "crisi" dell'impresa bancaria prelude a novità di rilievo anche per ciò che riguarda i contenuti dell'attuale procedura di amministrazione straordinaria applicabile alle banche italiane.

Nel disegno che si sta – non senza quella difficoltà – delineando, gli strumenti proposti agli Stati membri per la prevenzione, il superamento o la composizione delle "crisi" bancarie sono costituiti da:

- (i) strumenti di "prevenzione" delle situazioni di "crisi";
- (ii) strumenti di "intervento precoce" nelle situazioni di "crisi" (reversibili)
- (iii) strumenti di "risoluzione efficace" delle situazioni di "crisi" (irreversibili)

7.1. La "prevenzione" delle situazioni di crisi è affidata alla adozione di una serie di misure, in parte demandate alle (maggiori) banche in quanto tali; in parte demandate alle relative "proprietà", nonché alle altre società facenti parte del "Gruppo bancario"; e in parte demandate alle Autorità di Vigilanza.

Le misure di "prevenzione" possono essere costituite per un verso dal rafforzamento degli strumenti di Vigilanza "nel continuo" delle Autorità di settore; e per un altro dalla predisposizione di veri e propri "piani di risanamento" destinati a scattare nell'ipotesi di raggiungimento di un determinato livello di deterioramento economico/finanziario/patrimoniale.

Sotto il profilo si potrà assistere alla introduzione di²⁵⁰:

- (i) *Stress test*, ovvero sia verifiche condotte dalle autorità di vigilanza europea (EBA – *European Banking Authority*) circa la resistenza delle banche (maggiori)

²⁵⁰ V. in proposito E. GRANATA, *L'azione comunitaria per una disciplina europea della gestione della crisi della banca*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *Le soluzioni negoziali nella gestione delle crisi d'impresa*, Milano, 2012.

RELAZIONI A CONVEGNI

rispetto a scenari estremi dei mercati (ad esempio ipotizzando il raggiungimento di dati livelli di interesse dei prestiti interbancari; oppure una data entità di riduzione dei corsi azionari). L'obiettivo in tal caso sarebbe quello di verificare se le banche sottoposte all'esame dispongano di dotazioni patrimoniali adeguate per reggere l'impatto di un contesto economico più difficile rispetto a quello allo stato prevedibile, segnato da un determinato grado di deterioramento;

- (ii) Vigilanza rafforzata nei confronti delle banche per le quali gli *stress test* abbiano segnalato profili di problematicità, attraverso - per esempio - il varo di un programma intensificato di visite ispettive e la disposizione di una rendicontazione periodica "accelerata" dell'andamento della gestione bancaria agli organi di Vigilanza;
- (iii) Misure di "razionalizzazione" organizzativa attribuite alle autorità di Vigilanza, che potrebbero imporre alle singole banche di modificare le proprie strutture giuridiche od operative, riducendone ad es. una articolazione considerata eccessiva, oppure sopprimendo specifiche dislocazione geografica di Filiali o di società del "Gruppo", laddove si ravvisino, *ex ante*, possibili ostacoli giuridici alla esecuzione dei "Piani di Risanamento" (ad esempio a proposito della necessità di procedere a dismissioni di attività o di componenti del "Gruppo") predisposti in previsione delle possibili situazioni di "crisi" (*infra*)²⁵¹.

Sotto il secondo profilo si potrà assistere alla introduzione di una disciplina che preveda quanto segue:

- (i) le banche (maggiori) dovranno predisporre veri e propri "piani di risanamento" che individuino le misure che saranno adottate nell'ipotesi di deterioramento della situazione economica, finanziaria o patrimoniale, e che appaiano idonee a ripristinare l'equilibrio finanziario e la sostenibilità economica della prosecuzione dell'attività. Tali misure, di cui dovrebbero evidentemente essere assicurati i presupposti di adottabilità - alla bisogna -, potrebbero essere rappresentate dalla possibilità di ricostituire i fondi propri; di contenere i rischi e il livello di *leverage*; di accedere a fonti di liquidità; di potere liquidare *asset* non strategici;

²⁵¹ La previsione in commento richiama alla mente una delle misure disposte dalla Banca d'Italia per la restituzione alla gestione ordinaria della Banca Carim S.p.A., già assoggettata ad Amministrazione Straordinaria, rappresentata dalle dismissioni della partecipazione di controllo (totalitario) nella banca "Credito Industriale Sanmarinese - CIS", avente sede legale nello Stato di San Marino.

RELAZIONI A CONVEGNI

(ii) le Autorità di Vigilanza dovrebbero predisporre dei “piani di risoluzione delle crisi” delle (maggiori) banche vigilate, che prevedano le misure che dovranno essere adottate nelle ipotesi di emersione di una situazione di “crisi” della banca, attraverso la identificazione delle funzioni la cui interruzione produrrebbe effetti di destabilizzazione sul sistema finanziario (per es. nel settore della intermediazione dei pagamenti), e la identificazione delle misure idonee a garantire continuità nella prestazione di servizi essenziali (anche attraverso la istituzione di forme di “separatezza” economica e giuridica di specifici comparti di attività).

Infine si prevede l’introduzione di misure di prevenzione affidate alla creazione dei presupposti di un sostegno finanziario infragruppo nell’ipotesi di emersione di una situazione di “crisi” (reversibile) per una delle imprese (bancarie) del “Gruppo”. Si tratterebbe della stipulazione, *ex ante*, tra le imprese appartenenti ad un “Gruppo” bancario-finanziario (previa approvazione delle rispettive proprietà e delle Competenti Autorità di Vigilanza), di accordi di sostegno finanziario in caso di “crisi” (reversibile), che consentano di superare le frammentazioni della liquidità a livello di “gruppo”, a sostegno di quella componente che si trovasse a versare nella necessità di iniezione di fondi per il superamento di difficoltà temporanee, attraverso la concessione di prestiti; di garanzie; o conferimenti di attivi utilizzabili a titolo di garanzia per operazioni con terzi, con l’attribuzione all’entità finanziatrice di un privilegio legale per il caso di liquidazione dell’intermediario sovvenuto.

7.2. “L’intervento di Vigilanza precoce” mira ad assicurare che le difficoltà economiche o finanziarie dell’intermediario vengano affrontate efficacemente non appena si concretizzano. I presupposti dell’esercizio da parte delle Autorità di Vigilanza dei poteri di “intervento precoce” sarebbero costituiti dalla constatazione, o anche soltanto dalla previsione, che l’intermediario non è in grado di rispettare i requisiti patrimoniali e di liquidità stabiliti dalla normativa di settore (oggi le regole di “Basilea 2”; domani le regole di “Basilea 3” e della relativa disciplina comunitaria di implementazione dell’intero “Accordo di Basilea”).

In tali situazioni si prevede che le Autorità di Vigilanza possano procedere a:

- (i) disporre che l’intermediario in “crisi” adotti determinate misure di carattere organizzativo, per esempio in materia di sistemi di *governance* e per ciò che concerne gli strumenti di controllo interno;
- (ii) richiedere una allocazione di capitale più adeguata in funzione dei diversi comparti all’intermediario;
- (iii) disporre la dismissione di comparti di attività ritenuti eccessivamente rischiosi;

RELAZIONI A CONVEGNI

- (iv) disporre la sospensione o la limitazione della remunerazione del capitale (dividendi) nonché degli strumenti finanziari di natura “ibrida”;
- (v) disporre l’applicazione degli accordi di sostegno finanziario infragruppo eventualmente stipulati dall’intermediario in “crisi”, per una migliore circolazione della liquidità;
- (vi) richiedere che vengano definiti formali piani di ristrutturazione del debito con singoli (grandi) creditori;
- (vii) disporre la nomina di un Commissario Straordinario per un periodo limitato, nonché sostituire uno o più membri dell’organo di gestione, per l’avvio del risanamento finanziario dell’intermediario in un contesto di “sana e prudente” gestione dello stesso.

7.3. La “risoluzione efficace” della situazione di crisi della banca è rivolta a prevenire il rischio che il dissesto (irreversibile) dell’intermediario metta in pericolo interessi di carattere pubblico (l’accesso a funzioni bancarie essenziali; la stabilità finanziaria dei mercati; l’integrità delle finanze pubbliche; la tutela di singole categorie di “contraenti deboli” – i risparmiatori al dettaglio; i dipendenti -); ad impedire che i costi della “risoluzione” ricadano sui contribuenti, evitando la necessità del ricorso all’utilizzo di fondi pubblici per il “salvataggio” della banca; a rendere più efficiente l’espulsione dal mercato dell’intermediario insolvente (*o in pericolo di insolvenza*).

A questo scopo è previsto l’intervento di una Autorità *ad hoc* (anche, ma non necessariamente, la stessa Autorità di Vigilanza di settore), che assuma il “controllo” dell’intermediario, senza il consenso della “proprietà, allo scopo di “*tutelare l’interesse pubblico alla continuità della prestazione di alcuni servizi considerati essenziali nella prevenzione di contagi di natura sistemica*”²⁵². Gli strumenti che sarebbero attribuiti alla *resolution authority* sarebbero principalmente rappresentati dalla autorizzazione a:

- (i) cedere a terzi l’azienda bancaria o singoli rami d’azienda o singole attività (“*rapporti giuridici individuabili in blocco*”);
- (ii) costituire una “banca-ponte” alla quale cedere le attività volte ad assolvere le funzioni essenziali della banca (nonché eventuali comparti “sani”), in funzione della successiva cessione a terzi del controllo della “banca-ponte”, o – in mancanza – della sua liquidazione “ordinata”. I comparti deteriorati o comunque non essenziali della banca in crisi verrebbero liquidati secondo la disciplina della ordinaria procedura di insolvenza;
- (iii) separare i comparti deteriorati della banca, trasferendoli ad un ente destinato alla liquidazione (*bad-bank*), ed in tal modo ricreando nella banca in “crisi” i presupposti di un equilibrio economico, finanziario e patrimoniale. Per

²⁵² E. GRANATA, *op.cit.*

RELAZIONI A CONVEGNI

impedire che tale misura assuma esclusivamente (come non è ammesso) i connotati di “aiuto di Stato” sarebbe previsto che essa possa essere adottata soltanto in combinazione con il ricorso ad un altro strumento di risoluzione della crisi – come per esempio la costituzione di una banca-ponte, o la cessione a terzi dell’attività d’impresa –, che assicuri che l’intervento della *resolution authority* consegua anche l’obiettivo della ristrutturazione, sia pure indiretta, dell’azienda gestita dalla banca in crisi;

(iv) perseguire il “salvataggio interno”, allorchè il trasferimento a terzi delle attività essenziali della banca in crisi non sia utilmente perseguibile (o lo sia soltanto attraverso il concorso di interventi di sostegno pubblico), ovvero nelle situazioni nelle quali tale trasferimento sia possibile solo a costo di ingenerare distorsioni di carattere competitivo. In tale contesto, la inevitabile soluzione di provvedere alla ristrutturazione della stessa banca in “crisi” (irreversibile) - in previsione di una cessione a terzi differita nel tempo e sottratta alla impellenza del momento - sarebbe perseguita attribuendo alla *resolution authority* poteri di intervento quali:

- la conversione obbligatoria di strumenti di debito emessi dalla banca (*contingent capital*), sul presupposto che tutte le banche (maggiori) saranno tenute a detenere una percentuale minima delle loro passività totali in forma di strumenti finanziari ammissibili all’intervento del “salvataggio interno”²⁵³, destinati alla conversione in capitale di rischio in base alla rispettiva “anzianità”;
- lo “stralcio” di specifiche categorie di crediti chirografari (*haircut*), in misura peraltro non superiore a quella che i loro titolari subirebbero in ipotesi di soluzione liquidatoria del dissesto.

Occorre inoltre notare che, allo scopo di assicurare agli interventi di “risoluzione” della crisi bancaria posti in essere dall’Autorità di Vigilanza la necessaria tempestività ed incisività, si prevede la introducibilità di deroghe al diritto (commerciale) comune, nelle situazioni di “crisi” oggetto di “risoluzione”, in materia di:

- diritti spettanti agli azionisti in sede di operazioni societarie straordinarie (riduzione o aumento del capitale, fusione o scissione);
- obblighi in materia di acquisti di partecipazioni rilevanti al capitale di società quotate (ai fini OPA);

²⁵³ E. GRANATA, *op.cit.*, riferisce che “*si discute se tale conversione debba essere ex lege correlata a specifiche situazioni di crisi – nella sostanza a specifici indici – in presenza dei quali l’Autorità possa intervenire, ovvero debba collegarsi a previsioni di regolamenti obbligazionari che dovrebbero comunque rappresentare una certa percentuale degli strumenti di debiti emessi dalla banca*”.

RELAZIONI A CONVEGNI

- diritti degli azionisti in materia di procedure da osservare per la convocazione e la gestione delle riunioni assembleari.

8. *Segue. L'intervento dei "fondi di risoluzione delle crisi bancarie"*

Gli strumenti di risoluzione delle crisi bancarie potranno peraltro rivelarsi efficaci soltanto se adeguatamente finanziati. La soluzione della costituzione della "banca-ponte", ad esempio, che assuma le attività della banca in crisi atte ad assicurare la continuazione dello svolgimento di funzioni finanziarie essenziali, postula la disponibilità immediata di importanti risorse economiche, che non può darsi per scontato siano (immediatamente) reperibili sul mercato.

Volendosi escludere, come detto, il ricorso a fondi di carattere pubblico (quindi, in ultima analisi, il ricorso ai contribuenti), è prevista l'attivazione di "fondi di risoluzione delle crisi bancarie" costituiti con contributi provenienti dallo stesso "sistema" (bancario).

A tale proposito è previsto il coordinamento tra i costituenti "fondi di risoluzione delle crisi" bancarie con i fondi già oggi disponibili nei (27) sistemi di garanzia dei depositanti. Anzi è previsto che gli Stati membri possano procedere alla fusione dei sistemi di garanzia dei depositi oggi esistenti con il costituendo "fondo di risoluzione delle crisi" bancarie, *a condizione però che sussistano tutte le garanzie di rimborso dei depositanti (al dettaglio) in caso di dissesto*. E' evidente, infatti, che l'obiettivo dei sistemi di garanzia dei depositanti e quello dei "fondi di risoluzione delle crisi" bancarie non coincidono, essendo il primo rivolto alla (migliore) tutela dei risparmiatori al dettaglio a prescindere dalla circostanza che essa sia o non sia compatibile con il perseguimento degli interessi di carattere pubblico coinvolti da un dissesto bancario.

9. *Segue. La conversione forzata del capitale di debito in capitale di rischio ("Bail in").*

La Commissione Europea persegue l'obiettivo della integrazione bancaria comunitaria non soltanto attraverso il pacchetto di proposte concernenti il sistema unico di vigilanza; il sistema accentrato di tutela dei depositi; ed il sistema di composizione delle crisi bancarie a livello europeo, ma anche attraverso l'approvazione di ulteriori proposte di riforma:

- (i) la separazione, sopra una certa soglia, delle attività di deposito e banca commerciale (risparmi e finanziamenti a privati e imprese) da quelle di *trading*, onde evitare che le banche usino i depositi dei propri correntisti per operazioni rischiose "in proprio";
- (ii) la predisposizione, da parte delle stesse banche, di "piani realistici ed efficaci" di ripresa e soluzione delle crisi, che consentano ad esempio, in caso di

RELAZIONI A CONVEGNI

emergenza, di chiudere o ridurre un comparto della banca senza compromettere le attività di deposito e commerciali:

- (iii) una revisione dei requisiti di capitale per garantire margini di sicurezza sufficienti ad affrontare eventuali *shock* o crisi soprattutto per le attività più rischiose;
- (iv) una revisione della *corporate governance* con il rafforzamento del *board* e del *management* e una revisione del sistema di pagamento dei “*bonus*” ai manager, che dovrebbero essere corrisposti almeno in parte in azioni, il cui valore potrà essere portato anche a zero dalle autorità di vigilanza in caso di crisi o fallimento;
- (v) una forte stretta sul cosiddetto *bail in* (conversione forzata del debito in capitale) aumentando il coinvolgimento diretto degli investitori nell’eventuale salvataggio o chiusura di una banca. L’esborso dei contribuenti va ridotto al massimo, onde evitare il fenomeno diffuso di “socializzazione delle perdite” a fronte di una sostanziale “privatizzazione dei profitti”.

L’intervento citato per ultimo (il c.d. *bail in*) presenta profili di particolare interesse.

Nell’ottobre 2010 la Commissione ha pubblicato un Comunicato che predisponesse la pianificazione di un quadro UE per la gestione della crisi nel settore finanziario. La finalità del quadro era quella di dotare le autorità di strumenti e facoltà comuni ed efficaci allo scopo di fronteggiare la crisi bancaria il più tempestivamente possibile, evitando costi per i contribuenti. In tale Comunicato, la Commissione affermava che “*Nonostante le difficoltà tecniche insite nell’ideazione di un meccanismo di svalutazione debiti, la Commissione ritiene che esso offra uno strumento di risoluzione aggiuntivo che migliorerebbe significativamente la capacità delle autorità di riorganizzare istituti finanziari complessi e di ampie dimensioni*”.

Il meccanismo in questione dovrebbe consentire alle autorità pubbliche di attribuire perdite ingestibili agli azionisti ed a creditori delle banche.

L’idea muove dalla convinzione che le diverse leggi nazionali sull’insolvenza non siano idonee a trattare in modo efficace l’inadempimento degli istituti finanziari. Esse non considerano in modo adeguato la necessità di evitare perturbazioni alla stabilità finanziaria, mantenere in essere i servizi essenziali e tutelare i depositanti. Inoltre, i procedimenti di insolvenza si protraggono nel tempo e, in caso di riorganizzazione, richiedono trattative ed accordi complessi con i creditori, con alcuni danni potenziali per i debitori ed i creditori in termini di ritardi, costi e risultati.

Perciò si è ritenuto che le autorità necessitino di un regime di risoluzione che sostituisca — qualora necessario - i procedimenti di insolvenza ordinari per le banche, preservi la stabilità finanziaria, nonché tuteli i contribuenti. Il regime dovrà consentire alle autorità di assumere il controllo della situazione e di procedere con una

RELAZIONI A CONVEGNI

riorganizzazione gestita o con una liquidazione guidata, totale o parziale, dell'ente che si trovi a dover fronteggiare un inadempimento (*default*) imminente, a seconda dei casi.

Lo strumento denominato "*bail-in*" (o "svalutazione debiti") è uno strumento tramite il quale alle autorità preposte alla risoluzione potrà essere conferito un potere statutario, esercitabile qualora un Istituto soddisfi le condizioni necessarie per l'implementazione della risoluzione, allo scopo di "stornare" il capitale sociale, ed altresì di "stornare" i debiti subordinati o di convertirli in una quota di capitale. Lo strumento di "svalutazione debiti" potrebbe essere utilizzato sia in uno scenario di azienda che permane operativa, sia in uno scenario di liquidazione. In uno scenario di azienda che permane operativa, il *bail-in* sarebbe utilizzato per assorbire le perdite e per ricapitalizzare l'ente. Quest'ultimo dovrebbe, in seguito, essere riorganizzato e mantenuto quale azienda operativa. In uno scenario di liquidazione, il *bail-in* sarà utilizzato per sciogliere l'ente.

Come detto, una delle caratteristiche della riorganizzazione o dello scioglimento ai sensi delle leggi nazionali sull'insolvenza è il fatto che gli azionisti ed i creditori subiscono delle perdite: peraltro alla luce del ruolo di intermediazione critico ricoperto dalle banche nelle economie degli Stati Membri, le difficoltà finanziarie delle banche devono essere risolte in modo metodico, rapido ed efficiente, minimizzando i costi e la durata dei procedimenti. E' per tale ragione che occorrono meccanismi legali che consentano senza ritardi l'identificazione e l'attribuzione delle perdite agli azionisti ed ai creditori. Uno dei meccanismi che potrebbero servire a tale scopo è per l'appunto lo strumento di svalutazione debiti o "*bail-in*".

L'introduzione del *bail-in* potrebbe offrire alle autorità un'opzione di ristrutturazione dell'impresa bancaria in crisi, in particolare per la ristrutturazione di istituti complessi e di grandi dimensioni. In tali casi, l'applicazione di altri strumenti di ristrutturazione (fra cui la vendita della banca ad un acquirente privato o la suddivisione della banca in "banca buona"/"banca cattiva") potrà dimostrarsi particolarmente attraente, data la necessità di agire in modo celere.

Lo strumento di *bail-in*, qualora correttamente concepito ed applicato, determinerebbe una distribuzione delle perdite che non sarà peggiore delle perdite che gli azionisti ed i creditori soffrirebbero nel corso dei procedimenti di insolvenza "ordinari". Così come nelle leggi sull'insolvenza, anche nel regime di ristrutturazione bancaria l'autorità dovrà essere in grado di riorganizzare l'ente quale azienda che permane operativa o di liquidarlo integralmente o parzialmente. Qualora l'ente abbia una ragionevole prospettiva di sopravvivenza, sarà coerente con l'obiettivo di massimizzazione del valore dell'ente solvibile e di assicurazione dei mercati quello di consentire alla banca in difficoltà di continuare la propria attività ristrutturando, al contempo, i propri debiti e riorganizzando la propria attività.

Ciò dovrebbe risultare di maggiore beneficio, nel lungo periodo, sia per i creditori sia per il resto del sistema finanziario, rispetto alla liquidazione della banca. In

RELAZIONI A CONVEGNI

alcuni casi potrebbe però essere maggiormente giustificata la liquidazione di parte o della totalità dell'ente. Lo strumento di *bail-in* potrà consentire alle Autorità di attribuire rapidamente le perdite tramite la riorganizzazione della banca quale azienda operativa o tramite la liquidazione integrale o parziale della stessa.

L'efficacia dello strumento di *bail-in* dipenderà dalla configurazione del regime. Secondo l'ottica degli uffici preposti della Commissione, risulta importante che:

- (i) il *bail-in* rispetti per quanto possibile la classificazione delle pretese dei creditori ai sensi delle leggi sull'insolvenza;
- (ii) sia data certezza legale agli investitori relativamente al periodo ed alle condizioni in cui i rispettivi crediti saranno convertiti in capitale o svalutati;
- (iii) le banche dispongano di passività sufficienti assoggettabili a *bail-in*
- (iv) si dovrà stabilire una gerarchia chiara tramite la quale il patrimonio, i debiti assimilabili a patrimonio ed i debiti subordinati saranno sottoposti a *bail-in* per primi; e
- (v) si potranno escludere i debiti a breve termine e stabilire una linea di principio chiara secondo cui tutti i debiti non esclusi saranno trattati *pari-passu* (dopo i debiti di cui al punto precedente), oppure
- (vi) in alternativa al punto (v), si potrà stabilire una gerarchia specifica fra i diversi debiti assoggettabili a *bail-in* (dopo i debiti di cui al punto (iv)). Tale gerarchia potrà basarsi sulla scadenza dello strumento, nel senso che gli strumenti con scadenza superiore ad un anno saranno sottoposti a *bail-in* prima di quelli con scadenza inferiore ad un anno²⁵⁴.
- (vii) le autorità preposte alla risoluzione non dovranno esercitare le facoltà di svalutazione e conversione in relazione alle passività che seguono:
 - (a) passività garantite
 - (b) depositi garantiti ai sensi della Direttiva 94/19/EC;
 - (c) debiti a breve termine con una scadenza originale inferiore ad un mese
 - (d) una passività nei confronti di:
 - (1) dipendenti, in relazione a stipendi, contributi pensionistici o altri elementi remunerativi fissi maturati, ad eccezione di elementi remunerativi variabili sotto qualsiasi forma;

²⁵⁴ Un'opzione potrà pertanto essere rappresentata da un modello di "*bail-in sequenziale*". Conformemente al modello di *bail-in* sequenziale, i debiti a lungo termine saranno i primi ad assorbire le perdite residue successivamente al capitale ed agli strumenti ad esso assimilabili; solamente qualora essi non siano sufficienti allo scopo di conseguire gli obiettivi dello strumento di svalutazione debiti, le autorità potranno procedere ad applicare lo strumento ai debiti a breve termine.

RELAZIONI A CONVEGNI

(2) creditori commerciali, relativamente alla fornitura all'istituto di beni o servizi che siano essenziali per la sua operatività quotidiana;

(3) autorità tributarie e previdenziali, a condizione che tali passività siano privilegiate ai sensi delle leggi sull'insolvenza in vigore.

Le autorità preposte alla risoluzione dovranno, qualora opportuno, richiedere alle banche di mantenere, in qualsiasi momento, un capitale sociale autorizzato sufficiente di modo che, qualora l'autorità preposta alla risoluzione eserciti lo strumento di svalutazione debiti in relazione ad un Istituto o alle proprie filiali, all'Istituto non sia vietata l'emissione di nuove azioni o titoli di proprietà in quantità sufficiente da garantire che la conversione delle passività in azioni ordinarie o altri titoli di proprietà possa essere svolta in modo efficace.

Le autorità preposte alla risoluzione dovranno valutare se sia opportuno imporre il requisito che precede nel caso di un particolare Istituto nel contesto dello sviluppo e del mantenimento di un "Piano di risoluzione" per tale Istituto, considerando, in particolare, le azioni di risoluzione contemplate in detto piano.

Gli Istituti saranno tenuti a garantire che non sussistano impedimenti procedurali alla conversione delle passività in azioni ordinarie o altri titoli di proprietà esistenti in virtù dei rispettivi atti costitutivi o statuti, inclusi diritti di prelazione per gli azionisti o requisiti per l'autorizzazione degli azionisti ad un aumento di capitale.

RELAZIONI A CONVEGNI

L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: A CHE PUNTO SIAMO?

L'Autore, dopo aver illustrato le ragioni che spinsero il legislatore ad introdurre la disciplina dell'amministrazione straordinaria, ne analizza lo stato al fine di valutare se ed in quale misura essa sia suscettibile di miglioramenti.

di **ALBERTO JORIO**

1. Il chiederci a che punto siamo con la disciplina dell'amministrazione straordinaria induce anzitutto di rivolgerci all'indietro per ricordare le ragioni della nascita di questa disciplina, e quindi di esaminarne l'attuale stato di salute, per valutare se ed in quale misura essa sia suscettibile di miglioramenti.

L'amministrazione straordinaria costituisce, come noto, il portato di una precisa evoluzione dell'atteggiamento del nostro legislatore nei confronti delle crisi d'impresa e induce ad un raffronto sia con le procedure concorsuali esistenti all'epoca della sua introduzione sia con l'evoluzione determinata dalle riforme di tali procedure dell'ultimo decennio.

La legge fallimentare del '42, come è noto, era una legge impostata fondamentalmente sulle regole del fallimento, a loro volta esclusivamente dirette alla tutela dei creditori. Il presupposto dell'attivazione di tali regole risiedeva (come tuttora risiede) nell'insolvenza, destinata a comportare la liquidazione dell'attivo all'esclusivo soddisfacimento dei creditori: nessun riferimento veniva operato a situazioni più complesse e articolate, ruotanti attorno al concetto di "crisi dell'impresa". Le modalità di svolgimento della procedura fallimentare erano conseguentemente improntate alla liquidazione delle attività del fallito con modalità idonee a realizzare il soddisfacimento dei creditori nei migliori modi consentiti dalla condizione giuridica ed economica del patrimonio da liquidare.

Con la legge del '42 la struttura processuale del fallimento aveva visto fortemente accentuato il proprio carattere officioso. I creditori, protagonisti sotto il codice di commercio della procedura e artefici del suo svolgimento, ne erano ormai divenuti semplici fruitori, destinatari dei risultati che a loro favore si sarebbero determinati attraverso le iniziative recuperatorie degli organi della procedura. Ma l'impulso d'ufficio aveva - si ripete - finalità essenzialmente soddisfattive, e non andava al di là della più proficua realizzazione degli interessi dei creditori. L'eventualità che la regolazione dell'insolvenza potesse trovare soluzioni alternative al fallimento ogni qual

RELAZIONI A CONVEGNI

volta alla tutela dei creditori si contrapponevano esigenze collettive ritenute meritevoli di considerazione era fondamentalmente esclusa.

La conservazione dell'unità aziendale durante la procedura poteva a volte costituire uno strumento per il più proficuo realizzo dell'attivo, allorché sussistessero opportunità di cessione a terzi dell'azienda in funzionamento. In alcune occasioni, per il vero non frequenti, il fallimento, da evento distruttivo, poteva così addirittura trasformarsi in condizione di sopravvivenza dell'impresa. Con l'apertura della procedura potevano infatti determinarsi i presupposti per il trasferimento a terzi del complesso produttivo a condizioni rese possibili proprio dal fallimento, e cioè senza l'accollo dei debiti. E proprio in vista di questa modalità di liquidazione dell'attivo potevano essere disposti l'esercizio provvisorio o, più frequentemente, l'affitto dell'azienda nel corso della procedura, finalizzato alla successiva vendita all'affittuario.

Già con la legge del '42 il fallimento non era quindi necessariamente preclusivo della conservazione del complesso aziendale, ma le opportunità di conservazione in tanto potevano essere coltivate in quanto - e solo in quanto - i creditori del fallito ne traessero giovamento, e quindi solo qualora fosse possibile ottenere attraverso la cessione unitaria del complesso aziendale un corrispettivo maggiore di quello realizzabile attraverso la vendita dei singoli beni. E tra le eventuali possibilità di cessione dell'azienda andava colta quella che comportasse la maggior utilità per i creditori, ancorché non consentisse la migliore realizzazione degli altri interessi coinvolti dalle sorti dell'azienda.

2. L'alternativa al fallimento risiedeva, nella legge del '42, nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata.

Il concordato preventivo aveva il suo precedente nella legge del 1903, la quale era stata in effetti pensata come uno strumento idoneo a favorire il superamento della crisi dell'impresa. Si poneva allora l'accento sulla "riparabilità" del dissesto e si pensava che il concordato potesse assolvere entrambe le esigenze prospettabili di fronte alle difficoltà economiche del commerciante: quella, primaria, di garantire ai creditori il migliore trattamento possibile, sotto il duplice profilo della convenienza economica e della salvaguardia della *par condicio*, e quella, ritenuta non meno rilevante sussistendone i presupposti e le condizioni, di escludere il fallimento consentendo al debitore la continuazione della propria attività una volta superate le difficoltà. Occorreva - si diceva - evitare al debitore che ne fosse meritevole "la vergogna e le diminuzioni che porta con sé il fallimento" e al tempo stesso consentirgli di "conservare il patrimonio e tornare alla testa della propria azienda commerciale", impedendo l'annientamento del complesso di iniziative e di rapporti economici cui egli aveva consacrato "anni di lavoro e di risparmio faticosi"

Ma proprio il presupposto dal quale si intendeva dovesse muovere il concordato, e cioè la crisi temporanea e superabile, costituiva il limite alla sua applicazione. Ed era

RELAZIONI A CONVEGNI

la stessa Relazione alla legge del '42 a riconoscerlo: nella pratica il concordato “*aveva finito per deviare - ed era inevitabile - dalla originaria concezione: ed era diventato un mezzo per il debitore di superare onorevolmente il dissesto e ottenere la sua liberazione attraverso la cessione dei suoi beni ai creditori*”. L'inevitabilità di tale “deviazione” risiedeva nella struttura stessa della legge del 1903: la tutela dell'interesse del ceto creditorio a ridurre al minimo il pregiudizio confliggeva normalmente con la conservazione in capo al debitore di un patrimonio sottratto al soddisfacimento dei creditori. Questi ultimi si determinavano comprensibilmente a prestare il loro consenso soltanto di fronte ad una proposta la quale fosse idonea a convincerli che si trattasse della migliore soluzione possibile tenuto conto delle disponibilità del debitore. E poiché in tal caso nulla più sarebbe rimasto a quest'ultimo, tanto valeva che questi proponesse la cessione dei beni. E dunque non tanto di “degenerazione” dell'istituto si doveva parlare per il mancato obiettivo di conservazione del binomio “imprenditore-impresa”, quanto di oggettiva carenza di strumenti giuridici idonei a dar corpo ad una prospettiva indicata dalla dottrina allora prevalente.

La constatazione che il concordato fosse venuto meno alla sua originaria ed un po' utopistica (se non assistita da idonei strumenti) finalità di conservare l'impresa al suo originario titolare non avrebbe ancora impedito di pensare che questa procedura avesse comunque le caratteristiche idonee a perseguire il diverso obiettivo della salvaguardia delle unità aziendali, ancorché passate in altre mani. Ma a ben vedere anche questa prospettiva si rivelava per lo più illusoria: nella formulazione delineata dalla legge del '42 né il concordato per cessione dei beni né il concordato per garanzia riservavano uno spazio percorribile all'esigenza di salvaguardia dell'impresa. E la ragione è presto detta. Siamo ormai nell'area dell'irreversibile insolvenza: la tesi volta ad individuare nel concordato preventivo un periodo transitorio nella vita dell'impresa ed il rimedio ad un momento sfavorevole di congiuntura economica, che era già frutto di una errata percezione, o, se vogliamo, di un'utopistica rappresentazione della struttura del concordato configurata nella legge del 1903 (e che traeva anche motivo - occorre non dimenticarlo - dall'essere allora il concordato la sola alternativa al fallimento), appariva non in sintonia con la nuova legge fallimentare, che assegnava invece questo spazio all'amministrazione controllata. Ed in presenza del dissesto irreversibile le opportunità di salvaguardia del complesso produttivo con strumenti giuridici che imponevano comunque il soddisfacimento completo per i creditori assistiti da privilegi e garanzie, e il pagamento minimo nella misura del 40% ai creditori chirografari, nel rispetto rigoroso della *par condicio*, elevando così a obiettivo primario il miglior trattamento dei creditori, risultavano fortemente diminuite.

Nelle prospettive delineate dalla legge fallimentare l'obiettivo di salvaguardare l'impresa era stato assegnato all'amministrazione controllata, di nuova introduzione.

Ma è sempre stata evidente la scarsa attitudine di questa procedura a realizzare l'obiettivo assegnatole dalla legge. Il superamento della crisi, comportante come

RELAZIONI A CONVEGNI

conseguenza la ritrovata capacità dell'imprenditore, al termine dell'uno o dei due anni previsti, di assolvere regolarmente le obbligazioni pregresse compresi gli interessi nel frattempo maturati, apparteneva all'ambito delle eventualità marginali. Ben maggiori opportunità di applicazione avrebbe avuto una procedura di risanamento che consentisse all'imprenditore di presentare ai creditori un piano di estinzione dei debiti reso plausibile ed accettabile in conseguenza del risanamento nel frattempo determinatosi. Ma la struttura dell'amministrazione controllata, pur non escludendo questa eventualità, non la disciplinava in alcun modo: essendo impostata fondamentalmente sull'improbabile prospettiva della ritrovata piena solvibilità nel breve arco di tempo assegnate dalla legge, essa dimostrava di accordare scarsa protezione alla salvaguardia dell'azienda "*viable*". Il che ne limitava fortemente l'utilità ed era al tempo stesso causa dell'uso improprio che se ne veniva fatto nella pratica.

3. Merita peraltro subito aggiungere che l'impostazione delineata dalla legge fallimentare non esauriva affatto l'atteggiamento assunto dal nostro legislatore di fronte alle crisi dell'impresa: un atteggiamento che è invece sempre stato contraddistinto dalla coesistenza di una concezione che possiamo definire tradizionale, impostata sulla prioritaria tutela dei creditori (almeno sino all'emanazione della legge "Prodi"), con una visione del tutto diversa e tradottasi in un vasto complesso di interventi specifici o di settore diretti a soccorrere gli organismi produttivi in crisi. La peculiarità del nostro sistema non risiedeva tanto nella contemporanea presenza di questi due modi di reagire alla crisi dell'impresa (presente anche in altri ordinamenti), quanto piuttosto nell'intensità della divaricazione: c'è stato per lungo tempo un vero e proprio salto di mentalità tra le linee conduttrici della legge fallimentare e i criteri ispiratori dei provvedimenti normativi specifici previsti per le crisi economiche. Questi ultimi hanno sempre denotato una volontà di intervento dello Stato nell'economia tanto radicata e diffusa da qualificare le basi stesse del nostro sistema economico, che è stato definito non a torto di economia mista e che solo negli anni più recenti, sotto la spinta dell'integrazione europea, ha subito coraggiose correzioni.

E' frutto di queste peculiarità la concezione che la regolamentazione giudiziale della crisi sia considerata tuttora possibile soltanto per le imprese di modeste dimensioni. Per le crisi più rilevanti è stato sempre assunto come indispensabile un intervento specifico, normativo o amministrativo. Il nostro paese ha d'altronde una ricca tradizione in materia di intervento pubblico nelle crisi ricorrenti dell'economia, che si può dire risalga all'inizio del secolo. La storia di questi interventi si intreccia con la storia politica ed economica del paese e ne ha costituito una componente di tutto rilievo.

L'introduzione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (legge 3.4.1979, n.95), comunemente nota come "legge Prodi", ha rappresentato la volontà del nostro legislatore di superare la frammentazione degli

RELAZIONI A CONVEGNI

interventi nelle crisi d'impresa ritenute di rilevanti dimensioni e di dare a tali interventi struttura organica ed uniforme .

La legge Prodi ha rappresentato un vero e proprio salto di qualità rispetto alla tradizionale impostazione delle procedure concorsuali. La novità essenziale è consistita in questo, che la condizione di irreversibile dissesto dell'impresa venne indicata al tempo stesso quale premessa e contesto del tentativo di salvataggio dell'organismo produttivo: l'insolvenza, e quindi la crisi irreversibile, di un'impresa ritenuta di rilevanti dimensioni comportava di per se stessa l'accesso ad una procedura che determinava la continuazione dell'impresa e la ricerca della collocazione sul mercato dei complessi produttivi dissestati senza una preventiva verifica della probabilità di successo del tentativo di conservazione. I presupposti erano quindi ben differenti rispetto a quelli indicati dalla legge fallimentare per l'amministrazione controllata: il dissesto irreversibile, e non già la crisi temporanea e superabile, imponeva il tentativo di un intervento risanatorio in ragione delle sue stesse dimensioni. Il tentativo venne in sostanza previsto dalla legge come necessario in virtù della sola rilevanza economica e sociale della crisi.

Da eventualità perseguibile ogni qual volta se ne ravvisassero le opportunità per il miglior realizzo dell'attivo, la cessione a terzi del complesso aziendale diveniva con la legge Prodi l'obiettivo essenziale dell'intervento. Essa non venne più intesa quale strumento per il maggior beneficio dei creditori, bensì quale via normalmente perseguibile per traghettare in mani più forti e sicure i complessi aziendali dissestati: ai creditori sarebbero andati i modesti ed il più delle volte modestissimi ricavi delle cessioni. Al perseguimento della finalità risanatoria dovevano essere destinate le risorse già disponibili e quelle acquisibili mediante l'esercizio di azioni variamente recuperatorie, ivi comprese le revocatorie e le azioni di responsabilità.

La struttura stessa della legge conteneva in se' le occasioni per la sua degenerazione da strumento pensato per la composizione di interessi divergenti, seppure già fortemente orientato in una determinata direzione, in strumento di dubbia utilità per la stessa salvaguardia degli organismi produttivi, che pur costituiva la sua dichiarata primaria finalità, e di sicuro effetto, invece, per la pretermissione dei diritti dei creditori che solo a parole intendeva salvaguardare. Una degenerazione alla quale avevano fortemente contribuito gli interventi legislativi succedutisi nel tempo e in gran parte rivolti a trasferire a carico dei creditori e della collettività non già il risanamento, ma i semplici tentativi di risanamento.

Il difetto fondamentale della legge Prodi era insito nelle stesse caratteristiche essenziali della legge, e cioè nella previsione di continuazione sostanzialmente automatica dell'esercizio dell'impresa e nella formulazione di un piano di risanamento che sulla carta doveva presentarsi come il frutto di una considerazione dei vari interessi coinvolti dal dissesto ma che di fatto comportava una sorta di obbligatorietà del

RELAZIONI A CONVEGNI

tentativo di risanamento derivante automaticamente dall'apertura della procedura e destinato a protrarsi per anni.

4. La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria, di cui alla legge-delega 30.7.1998, n.274 e al d.lgs. 8 luglio 1999, n.270, ha inteso correggere il principale difetto della legge Prodi: l'accesso alla procedura non dipende ora più automaticamente dalle dimensioni del dissesto, ma è riservato soltanto alla "grande impresa" la cui insolvenza, contraddistinta da un'esposizione debitoria rilevante rispetto all'attivo patrimoniale e ai ricavi dell'ultimo esercizio, abbia caratteristiche tali da consentire la verifica di "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" (art.27 del D.Lgs. n.270/1999). In assenza di queste concrete prospettive di recupero la procedura applicabile all'impresa insolvente non è l'amministrazione straordinaria, bensì il fallimento.

Come sappiamo, le due ipotesi di recupero espressamente enunciate dalla legge consistono, in via alternativa, nella cessione a terzi dei complessi aziendali, da attuarsi sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno; ovvero nella ristrutturazione economico-finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni.

Le due prospettive sono tra loro completamente diverse. La cessione dell'azienda è diretta a realizzare la conservazione del complesso produttivo e prescinde da ogni considerazione in ordine alla misura del soddisfacimento dei creditori che da questa cessione possa derivare; l'attività del commissario straordinario consisterà nel perseguire il miglioramento degli equilibri economici del complesso produttivo dell'impresa insolvente e la sua cessione (in tutto o in parte) a terzi. Il ricavato della cessione, grande o piccolo che sia, andrà a soddisfare parzialmente il ceto creditorio. La ristrutturazione punta invece al ritorno *in bonis*, e dunque si propone di recuperare una condizione di piena solvibilità, che consenta di soddisfare interamente e puntualmente i creditori, vecchi e nuovi.

La prospettiva del ritorno *in bonis* appare tuttavia una mera chimera ove si consideri il presupposto oggettivo dichiarato della procedura di amministrazione straordinaria: lo stato di insolvenza, vale a dire la condizione di irreversibile impossibilità di adempiere. Nel riferire la procedura alla grande impresa *insolvente* e prospettando nel contempo l'eventualità del ritorno *in bonis*, la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria presuppone la compatibilità di due fattori che sono invece tra loro contrapposti: la presenza di una crisi irreversibile che legittimerebbe il fallimento (se ne sussistessero le condizioni dimensionali) e la prospettiva del ritorno *in bonis*, che è appunto antitetico al concetto tradizionale di insolvenza.

Ben diversa è invece la prospettiva della salvaguardia del complesso produttivo da realizzarsi attraverso la cessione a terzi. Se la crisi è originata da incapacità manageriale o da insuperabile squilibrio finanziario, la cessione a terzi dell'attivo

RELAZIONI A CONVEGNI

costituito dal complesso aziendale privato dal peso dei debiti può realizzare il risultato positivo della conservazione qualora si tratti di impresa, come si suol dire, ancora “*viable*”. Proprio questa è la sorte della quasi totalità delle procedure di amministrazione straordinaria, ove si è tentato e si continua a tentare, con alterne fortune, di collocare sul mercato a qualsiasi prezzo gli impianti che ancora presentano qualche opportunità di conservazione in vita E’ evidente che in questa prospettiva i concetti di insolvenza e di conservazione del patrimonio produttivo possano coesistere: l’impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria continua ad essere irrimediabilmente insolvente, ma l’azienda ceduta a terzi a un prezzo di tutta convenienza per il solo acquirente può conservare, ma meglio si dovrebbe dire “riacquisire”, le opportunità di sopravvivenza.

La nuova disciplina prevede inoltre che in qualunque momento la procedura possa essere interrotta a seguito dell’accertamento dell’inutilità della sua prosecuzione; il commissario è tenuto a riferirne all’autorità di vigilanza e al tribunale, che dichiarerà il fallimento. Decisione, questa, che può essere assunta anche d’ufficio (art.69).

Nel suo impianto generale la nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria sembrerebbe dunque rappresentare, rispetto alla versione originale della legge Prodi, un miglioramento del sistema di tutela del ceto creditorio nel suo complesso, ma si tratta di un miglioramento solo illusorio. Il risanamento perseguito dalla legge è, come è stato ben scritto di recente (Meo), un risanamento “*finanziato dai creditori*”: “*il commissario giudiziale sarà indotto a esercitare la funzione di ‘scambiatore’ del passivo con il valore aziendale, rendendo una prognosi favorevole all’amministrazione straordinaria ogni volta che il valore acquisibile dalla cessione del ramo risulti fin d’ora tale da coprire gli oneri della procedura e, con quel che resta, tacitare parzialmente i creditori anteriori*”. Ed il commissario straordinario pone in atto, con la cessione, proprio questa soluzione, a fronte della quale la tutela dei diritti individuali trova non infrequente difficoltà ad affermarsi

L’ottica dell’amministrazione straordinaria è quindi radicalmente diversa sia da quella delle procedure concorsuali disegnate dalla legge del ‘42, sia da quella che, come si dirà, è emersa dalla riforma di tali procedure, e se da un lato le limitazioni alla sua applicazione rispetto alla legge Prodi, alle quali si è accennato, precludono un utilizzo generalizzato di questa procedura, l’abbassamento del numero dei lavoratori subordinati, passati da 300 a 200, è certamente foriero della sua maggiore (e preoccupante) diffusione. Il che porta a riflettere sulla “specialità”, ma forse meglio sarebbe parlare di anomalia, che sia prima che dopo la riforma della legge fallimentare il nostro sistema di regolazione delle crisi d’impresa presentava e per certi versi tuttora rappresenta nel panorama internazionale .

L’amministrazione straordinaria, si è detto, è nata per dare una soluzione ai problemi posti dalle crisi delle imprese ritenute di notevoli dimensioni, ma in realtà neppure troppo grandi nel contesto economico italiano, che si assume non possano

RELAZIONI A CONVEGNI

trovare soluzione secondo lo schema tradizionale dell'esecuzione sul patrimonio del debitore insolvente e della distribuzione del ricavato ai creditori. Che gli stessi problemi ricevano soluzioni negli ordinamenti dei paesi ad economia progredita attraverso l'ammodernamento delle procedure concorsuali, nella prospettiva di una maggiore considerazione per le opportunità di conservazione dei complessi produttivi ma pur sempre con esclusione dell'intervento dell'autorità amministrativa e la valorizzazione sia della via giudiziale sia della partecipazione dei creditori, non è stato ritenuto esempio per noi significativo. Ed è così che nel nostro paese si è andata consolidando una linea ben precisa: le crisi che si verificano nel settore creditizio e finanziario sono regolate attraverso l'intervento ministeriale e della Banca d'Italia; le crisi di una qualche rilevanza del settore industriale sono regolate sotto lo stretto controllo dell'autorità amministrativa. I tentativi compiuti, nell'ambito delle commissioni di studio preposte all'indicazione di nuove regole delle procedure concorsuali, di prospettare soluzioni uniformi per le crisi di imprese di ogni dimensione, ed aventi la caratteristica comune della sottoposizione al controllo dell'autorità giudiziaria (fatti salvi i casi dei maggiori dissesti, di rilevanza veramente nazionale, per i quali è concepibile una speciale disciplina, quale è quella contenuta nel cosiddetto "decreto Marzano") si sono scontrate con resistenze politiche insuperabili.

Le motivazioni storiche di questo indirizzo sono note ed emergono anche dal poco sin qui detto, ma viene spontaneo chiedersi se ancora sussistano nel nostro paese, alle soglie di una auspicata accelerazione del processo di integrazione europea e dovendo il nostro paese competere in un'economia globale, sufficienti ragioni per giustificare una linea che rende tuttora il nostro sistema di regolazione delle crisi d'impresa, nonostante la riforma della nostra disciplina dell'insolvenza, un *unicum* nel panorama degli ordinamenti europei nella gestione delle crisi di maggiori dimensioni. E se sia proprio ineluttabile che ci si debba così nettamente distinguere dai paesi ad economia di mercato. Tanto più che il nostro ordinamento si è ora munito di un istituto, il nuovo concordato preventivo con continuità aziendale, con l'opportuno addentellato del concordato prenotativo, nel quale le ragioni della salvaguardia del complesso produttivo possono trovare composizione con le esigenze del ceto creditorio, in un contesto dialettico volto a salvaguardare gli interessi coinvolti e fatto proprio dalle legislazioni di grandi paesi occidentali, quali, a tacer d'altri, gli USA, l'Inghilterra, la Germania e la Francia.

5. Se si volge lo sguardo alle soluzioni adottate dai principali ordinamenti stranieri sulla gestione delle crisi d'impresa ci si convince che la riforma della legge fallimentare si è invece mossa nella direzione giusta. L'accento posto sul favore verso la composizione delle crisi mediante accordi tra creditori e debitore diretti ad evitare, ove possibile, la liquidazione fallimentare è in linea con una concezione diffusa a livello

RELAZIONI A CONVEGNI

mondiale dei rimedi che gli ordinamenti possono predisporre per un'equa composizione degli interessi in gioco.

E' ben vero che le recenti esperienze, soprattutto quelle maturate con l'iniziale introduzione del concordato, hanno indotto a riflettere sugli effetti non sempre virtuosi che le nuove disposizioni dirette a ulteriormente favorire la composizione della crisi stanno determinando nei confronti dei creditori e rispetto alle regole della concorrenza, ed a chiedersi se la trasposizione nel nostro ordinamento di regole proprie di realtà economiche e sociali differenti sia stato eccessivamente ambizioso. Prima di giungere a conclusioni negative, meriterebbe tuttavia verificare se i modelli stranieri ai quali il legislatore della riforma si è ispirato siano stati compresi nella loro interezza e se il sistema di pesi e contrappesi che li caratterizza abbia trovato adeguato spazio nella nostra riforma, ovvero se su questo terreno vi sia ancora da lavorare, per dare maggiore armonia al sistema adottato.

Meriterebbe anzitutto verificare se il modello statunitense sia stato compreso nella sua interezza. Occorrerebbe inoltre chiedersi se gli inconvenienti emersi in questi primi anni di applicazione della riforma possano trovare rimedio in alcuni suggerimenti emersi dai lavori preparatori della riforma e rimasti inascoltati.

Entrambi i modelli, statunitense e italiano, consentono al debitore di ricorrere all'ombrello protettivo e di ottenere un tempo anche lungo per poter formulare il piano e la proposta ai creditori. Questa opportunità è stata da noi salutata come uno strumento di anticipazione dell'emersione della crisi e quindi come un utile tassello del sistema di norme volto a favorire la composizione tempestiva della crisi. I fatti dimostrano tuttavia che così non è. L'alta percentuale di esiti negativi del concordato dimostra che il debitore utilizza sovente il concordato quale strumento per rinviare l'ormai ineluttabile dichiarazione di fallimento. E che pertanto non sono senza fondamento i rilievi negativi e le preoccupazioni che il mondo economico ha espresso sull'uso distorto che di questo strumento sovente viene fatto.

Ma è la stessa disciplina concorsuale statunitense ad indicare lo strumento idoneo, se non ad eliminare, quanto meno a stemperare gli inconvenienti che possono derivare dall'abuso del concordato. Si tratta della possibilità che alla sua attivazione sia legittimato non soltanto il debitore, ma anche il ceto creditorio. L'art. 303 del *Chapter 3* prevede espressamente gli *Involuntary cases*, e cioè i casi nei quali i creditori sono legittimati a ottenere l'apertura della procedura di *Reorganization* disciplinata dal *Chapter 11e* ad ottenere che al debitore sia sottratta l'amministrazione dell'impresa e del patrimonio, affidata dal tribunale ad un *trustee*. Ma al debitore, ancorché non più *in possession*, compete pur sempre il diritto di formulare per primo il piano e la proposta..

Se negli Stati Uniti i casi di ricorso al *Chapter 11* da parte dei creditori sono rari, da noi potrebbero essere più frequenti, proprio in ragione dell'assenza di una predisposizione psicologica dell'imprenditore ad accedere ad una procedura concorsuale. E la tutela dell'imprenditore da iniziative ingiustificate potrebbe essere

RELAZIONI A CONVEGNI

garantito, come avviene nell'ordinamento statunitense, da una procedura di salvaguardia che gli consenta adeguata difesa. Ma l'eventualità che il ritardo nel chiedere l'accesso alla procedura di protezione comporti il rischio dell'iniziativa di terzi e lo spossessamento potrebbe costituire un significativo deterrente all'indecisione del debitore, inducendolo a non tardare con il ricorso all'ombrello protettivo. Ed analogamente, l'eventualità che, decorso un determinato termine, auspicabilmente più breve di quello oggi consentito (120 giorni più ulteriori 60), senza che il debitore sia riuscito a formulare il piano, la legittimazione passi ai creditori o ad un terzo potrebbe indurre il debitore ad accorciare i tempi e ad anticipare l'avvio della procedura giudiziale di composizione della crisi.

Ma c'era un esempio di misure d'allerta al quale il nostro legislatore poteva ispirarsi e che è stato totalmente rifiutato, ancorché i lavori della Commissione Trevisanato l'avessero ben illustrato. Si tratta, come è ben noto, del sistema tipico del modello francese.

Gli istituti di allerta e di prevenzione costituivano uno dei segni di modernità dell'impianto della riforma disegnato dalle commissioni Trevisanato. Essi vennero pensati tenendo conto dell'importanza che la tempestività dell'intervento sulla crisi dell'impresa riveste per una soluzione positiva della crisi stessa, ma anche nella consapevolezza delle oggettive difficoltà che su questo terreno si prospettano allorché si passi dalle enunciazioni generali all'indicazione di misure realmente efficaci e al tempo stesso rispettose dei principi di libertà economica e di non interferenza esterna nella vita dell'impresa in assenza della manifestazione di segni esteriori dell'insolvenza.

L'indicazione, per il vero non semplice, di un equilibrio tra queste esigenze contrapposte veniva attuata dal progetto di riforma mediante l'istituzione di banche dati presso le camere di commercio, nelle quali si prevedeva dovessero confluire le notizie relative ai momenti patologici della vita delle imprese e concernenti i protesti cambiari, la pendenza di procedure esecutive e il mancato pagamento di debiti nei confronti di amministrazioni pubbliche (erario e enti previdenziali) e delle società erogatrici di energia. La finalità perseguita da queste misure di allerta era chiara: consentire più facilmente nei terzi diversi dal sistema bancario (già fornito dello strumento di monitoraggio rappresentato dalla Centrale rischi) una adeguata e tempestiva percezione e quindi valutazione del rischio di credito, e al tempo stesso stimolare l'imprenditore a comportamenti virtuosi, nella consapevolezza che i segni della crisi avrebbero potuto essere più agevolmente conosciuti, inducendolo così a valutare con maggiore attenzione i rischi connessi agli inadempimenti e la necessità di ricorrere tempestivamente ad una procedura di protezione idonea a consentirgli un più proficuo accordo con i creditori. Si trattava, nella sostanza, dell'istituzione di qualche cosa di molto simile al Registro delle imprese presente, in Francia, presso ogni tribunale di commercio e nel quale sono annotati gli eventi patologici relativi alla vita delle imprese.

RELAZIONI A CONVEGNI

Ma l'aspetto forse più interessante del sistema francese delle misure di prevenzione e di allerta si rinviene nelle funzioni affidate, rispettivamente, ai *commissaires aux comptes* e al giudice. Come si sa, i *commissaires aux comptes* godono, nell'ordinamento francese, di maggiore autonomia rispetto all'impresa di quanta ne abbiano i nostri sindaci, e *les juges de commerce* hanno caratteristiche diverse dei nostri magistrati ordinari. Ma queste differenze non debbono impedirci di guardare con interesse al modello francese, partendo da qualche convincimento di fondo.

Il primo convincimento è che la tempestività dell'approccio alle soluzioni concordate delle crisi d'impresa non possa essere favorita esclusivamente da misure premiali. Se resta opportuno che la formulazione del piano continui ad essere riservata *in primis* all'imprenditore, in presenza sia di crisi non ancora tradottasi in insolvenza sia di insolvenza, merita chiedersi se non sia opportuno che l'attivazione della procedura di preconcordato possa essere consentita anche ai creditori (sia pure in numero rappresentativo), e che agli stessi possa essere consentito di formulare un piano nell'inerzia del debitore. In tal modo, si ripete, stimolando il debitore ad attivarsi con tempestività.

I poteri-doveri dei sindaci potrebbero inoltre trovare migliore definizione in disposizioni contenute nella legge fallimentare, e volte a costituire *trait d'union* con l'attribuzione di nuovi e maggiori poteri del giudice nei confronti dell'imprenditore restio ad assumere le iniziative dirette alla composizione della crisi. Poteri che in presenza di crisi non ancora tradottasi in insolvenza dovrebbero fermarsi all'esercizio di un *moral suasion*, ma che di fronte all'insolvenza e all'inerzia del debitore dovrebbero tradursi nel ricorso alla dichiarazione di fallimento d'ufficio. Non stupisca questa aspirazione di ritorno al passato: allorché l'insolvenza diviene evidente e nessuno, né il debitore né i creditori, chiede e si attiva per porvi rimedio, è interesse generale che si proceda alla dichiarazione di fallimento. L'eliminazione del fallimento d'ufficio, operata dalla riforma, è frutto di una mal intesa percezione dei limiti che, nell'interesse generale, deve rispettare la pur giusta esigenza di riservare ai soggetti interessati, debitore e creditori, la regolazione della crisi, ed è di ostacolo alla tempestività degli interventi risanatori. La facoltà, riconosciuta al giudice fallimentare da recente giurisprudenza di legittimità, di segnalare l'esistenza dell'insolvenza al pubblico ministero, affinché questi formuli la richiesta di fallimento costituisce rimedio parziale.

Da quanto sin qui detto risulta sin troppo chiaro quale sia la mia personale risposta alla domanda "L'amministrazione straordinaria: a che punto siamo?".

Siamo al punto che, fatta salva una disciplina per i dissesti di veramente grandi dimensioni, le crisi d'impresa debbono a mio avviso trovare soluzione in procedure uniformi, fortemente orientate alla prevenzione e aperte ad una giusta considerazione degli interessi coinvolti. Il nostro legislatore si è già incamminato in questa direzione, ma gli resta ancora del cammino da compiere.

EVOLUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA E PUNTUALIZZAZIONI GIURISPRUDENZIALI

L'Autore si sofferma sull'evoluzione della disciplina dell'amministrazione straordinaria, con particolare riferimento alla giurisprudenza in materia.

di VITTORIO ZANICHELLI

La crisi delle imprese di dimensioni rilevanti ha potenzialmente effetti dirompenti sia sotto il profilo economico per l'effetto domino che rischia di innescare mettendo in crisi le imprese legate alle prime da rapporti di fornitura spesso esclusivi sia per quanto concerne l'aspetto sociale per la perdita dei posti di lavoro, particolarmente grave nell'attuale situazione economica.

Da ciò deriva comprensibilmente l'interesse della pubblica amministrazione la quale tende ad intervenire per correggere e rendere meno drammatiche le conseguenze che deriverebbero dalla pura applicazione delle leggi di mercato. L'intervento pubblico da tempo prescelto dal legislatore si attua da un lato attribuendo all'esecutivo e quindi sottraendola ai creditori la scelta sui mezzi per affrontare la crisi e dall'altro escludendo dalla gestione chi ha condotto l'impresa nella situazione di grave difficoltà ed affidandola ad un soggetto terzo tecnicamente attrezzato sotto la vigilanza dell'autorità giudiziaria e della pubblica amministrazione.

L'evoluzione della legislazione, per l'aspetto che qui interessa, merita di essere esaminata in particolare sotto due profili: modalità di approccio alla crisi e finalità dell'azione; suddivisione dei ruoli tra l'autorità giudiziaria e la pubblica amministrazione.

Il primo aspetto attiene agli strumenti prescelti per affrontare l'insolvenza e la scelta dell'opzione tra l'esproprio dell'imprenditore o il suo temporaneo accantonamento dalla gestione; a seconda della scelta può essere privilegiata la liquidazione dell'impresa mediante cessione dei complessi produttivi ad altri operatori economici dotati di capacità e di capitali in grado di far riprendere o continuare l'attività su basi maggiormente solide oppure il risanamento della impresa stessa e quindi la sua riconsegna nelle mani dell'imprenditore; può essere anche utilizzato un mix di tali

RELAZIONI A CONVEGNI

strumenti consistente nello scorporo e la cessione solo di alcune attività o rami d'azienda non rientranti nel *core business* oppure il risanamento tramite un accordo con i creditori e la successiva cessione.

L'altro profilo, di particolare interesse in quanto consente di individuare le scelte di fondo del legislatore, attiene al difficile bilanciamento dei poteri di intervento del giudice e della pubblica amministrazione.

Senza volere porre eccessivamente l'accento su quella che appare essere una sostanziale sfiducia nel magistrato quale gestore della crisi di impresa quale affiora in modo abbastanza evidente nella legislazione in materia e che peraltro può trovare una qualche giustificazione nell'assenza di una specifica preparazione professionale cui si cerca di ovviare con soluzioni che definirei empiriche²⁵⁵, la scelta della presenza maggiore o minore del giudice nelle decisioni gestionali e nel controllo sulle stesse deriva dalla maggiore o minore attenzione alla tutela dei diritti dei creditori, non essendo contestabile la diversa sensibilità dell'organo giudiziario nei confronti dei diritti soggettivi rispetto alla pubblica amministrazione, maggiormente portata a degradarli a semplici interessi come tali cedenti a fronte di istanze superiori di carattere economico o sociale.

In base alle diverse opzioni di fondo è allora il giudice, secondo un primo modello, a decidere se dar corso alla procedura di risanamento previa valutazione dell'opportunità e della fattibilità del piano di intervento, lasciando alla pubblica amministrazione solo la gestione dell'esecuzione del medesimo, salvo eventualmente intervenire per farla cessare quando non sussistono più i presupposti di un'utile gestione, oppure, seguendo il modello alternativo, è l'amministrazione pubblica che opera le scelte di fondo sulla esistenza delle condizioni per la gestione controllata della crisi e delle modalità con cui affrontarla e al giudice è riservato solo un ruolo di controllo di specifici passaggi procedurali che sostanzialmente prescindono dalla particolare dimensione della crisi e che comunque non sono tali da orientarne la gestione.

Dopo alcuni provvedimenti tesi a favorire la ristrutturazione delle imprese mediante agevolazioni di carattere finanziario²⁵⁶ il primo provvedimento organico, anche se scarsamente dettagliato, con cui si è cercato di affrontare il fenomeno della crisi delle imprese di rilevanti dimensioni con modalità diverse dalla semplice liquidazione fallimentare è stato il d.l. 30 gennaio 1979 n. 26, convertito nella l. 3 aprile

²⁵⁵ Il richiamo è ai "tribunale delle imprese" la cui specializzazione deriverebbe sostanzialmente dal numero degli affari di un certo tipo trattati dall'ufficio in seguito alla concentrazione della competenza.

²⁵⁶ Legge 12 agosto 1977, n. 675 (in Gazz. Uff., 7 settembre 1977, n. 243). -- Provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore – e Legge 5 dicembre 1978, n. 787 (in Gazz. Uff., 14 dicembre 1978, n. 348). -- Disposizioni per agevolare il risanamento finanziario delle imprese.

RELAZIONI A CONVEGNI

1979, n. 95, e poi ampiamente modificato e integrato, (meglio conosciuto come “legge Prodi”) che ha senza dubbio finalità conservative²⁵⁷, se tale fenomeno viene visto dalla prospettiva del complesso produttivo e della forza lavoro addetta allo stesso e non dell’imprenditore, in quanto se è vero che la liquidazione è chiaramente contemplata, tanto da essere richiamata la disciplina della liquidazione coatta amministrativa, la stessa resta comunque l’*ultima ratio* e in ogni caso deve essere preservata, per quanto possibile, l’unità dei complessi operativi anche in caso di trasferimento, con conseguente mantenimento della struttura produttiva e dell’occupazione connessa.

L’avvio del procedimento richiede necessariamente l’intervento dell’autorità giudiziaria in quanto l’ammissione all’amministrazione straordinaria, che compete all’autorità amministrativa (ministero dell’industria, del commercio e dell’artigianato), è meramente consequenziale alla dichiarazione di insolvenza pronunciata dal tribunale al quale solo appartiene l’accertamento dei presupposti della procedura²⁵⁸, anche se costituisce una grave lacuna dell’istituto l’assenza di ogni valutazione sulle prospettive.

La legge Prodi, tuttavia, non è stata giudicata conforme agli statuti della Comunità Europea, in quanto ritenuta in contrasto con la normativa sugli aiuti di stato. Preso atto di tale orientamento il legislatore, dopo aver abbandonata, almeno programmaticamente, l’idea del mantenimento in vita ad ogni costo di imprese senza prospettive al solo fine di evitare turbative sociali che ha comportato costi rilevanti per l’erario, ha dettato una nuova procedura (con il d.lg. 8 luglio 1999, n. 270, conosciuto anche come Legge Prodi-*bis*) subordinandone finalmente l’applicazione, oltre che a requisiti dimensionali che prescindono dall’indebitamento qualificato, alla sussistenza di “concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali”, raggiungibile, alternativamente, con la “cessione dei complessi aziendali” (salvaguardando quindi le unità produttive e la connessa occupazione) o la “ristrutturazione economico finanziaria dell’impresa”.

Con detta normativa si assiste ad deciso mutamento di impostazione in quanto un ruolo decisivo e su questioni qualificanti viene riservato all’Autorità giudiziaria che non solo valuta i presupposti per l’ammissione alla preliminare fase di osservazione tramite la pronuncia di insolvenza ma che dichiara anche l’apertura della procedura di amministrazione straordinaria “*se sussistono le condizioni indicate nell’art. 27*” e quindi in esito ad un’autonoma considerazione in ordine alla plausibilità delle concrete prospettive di risanamento cui si è fatto cenno e che infine e soprattutto può disporre la

²⁵⁷ AIMI, *D.l. 30 gennaio 1979 n. 26*, sub art. 1-bis, in *Le procedure concorsuali*, a cura di G.U. TEDESCHI, vol. II *Le procedure concorsuali minori*, 666 ss. e riferimenti ivi contenuti.

Ritiene invece che la procedura non possa essere qualificata di risanamento MAFFEI ALBERTI, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, 1096, con ulteriori riferimenti.

²⁵⁸ DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, 390. COLESANTI, *I provvedimenti urgenti per l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1979, 715-716.

RELAZIONI A CONVEGNI

cessazione in qualunque momento se ritiene che non possa più essere utilmente proseguita.

Un deciso e probabilmente, come meglio si dirà in seguito, non modificabile in tempi brevi, cambiamento si verifica con il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modifiche, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, poi ulteriormente modificata, (conosciuto anche come “decreto_Marzano”, dal nome del ministro proponente, o “decreto Parmalat”, da quello dell’azienda in crisi) tramite il quale il legislatore reagisce ad un’insolvenza di dimensioni assolutamente straordinarie dettando una normativa in cui il risanamento della grandissima impresa viene visto come rispondente per definizione all’interesse pubblico, tanto da avocare alla sola autorità amministrativa, per non dire politica, la scelta dell’ammissione alla procedura concorsuale.

L’invasivo e decisivo intervento dell’autorità amministrativa ha comportato da un lato una forte arretramento dei diritti dei creditori, evidentemente ritenuti recessivi rispetto all’interesse alla conservazione dell’attività produttiva, e dall’altro una pressochè totale estromissione dell’autorità giudiziaria da ogni valutazione in ordine alla opportunità e alla convenienza della scelta del procedimento in questione e all’utilità di mantenerlo in vita, posto che al tribunale compete unicamente, nell’ambito della valutazione dell’insolvenza, l’accertamento dei presupposti dimensionali che giustificano l’affidamento della gestione della crisi alla pubblica amministrazione ma nessuna valutazione circa l’effettiva esistenza di prospettive di risanamento.

Che tale scelta sia stata dettata non esclusivamente dalla necessità di fronteggiare un evento eccezionale ma sia invece il frutto di una mutata prospettiva di approccio all’insolvenza poco più che media è rilievo difficilmente contestabile sol che si consideri che con un successivo adattamento la soglia dimensionale di ammissione alla procedura è stata non solo ridotta ma è stato contemporaneamente modificato il modo di calcolarla comprendendo anche le imprese del gruppo, così che l’ambito operativo dell’istituto, e quindi la possibilità di intervento discrezionale della pubblica amministrazione nelle gestione delle crisi di imprese non modeste, si sono decisamente allargati.

La circostanza che una modifica così radicale sia stata il frutto non di una scelta compiutamente meditata ed elaborata anche sotto il profilo tecnico ha comportato l’assenza di prospettive di stabilità dell’assetto normativo.

Ancora una volta per fronteggiare una situazione di emergenza²⁵⁹ si è intervenuti nella delicata materia con un decreto legge²⁶⁰ che ha modificato la pur recente normativa sull’amministrazione straordinaria speciale (e in parte anche quella sull’amministrazione straordinaria comune) e i cui tratti salienti sono: l’abbandono della

²⁵⁹ La crisi della compagnia aerea di bandiera Alitalia.

²⁶⁰ D.l. 28 agosto 2008 n. 134, in G.U. n. 201 del 28 agosto 2008, convertito in l. 27 ottobre 2008 n. 166, in G.U. n. 252 del 27 ottobre 2008.

RELAZIONI A CONVEGNI

prospettiva di risanamento dell'impresa come finalità primaria e l'accettazione a pieno titolo (se non addirittura l'opzione prioritaria per alcune categorie di imprese) anche della prospettiva della cessione dei beni della stessa (o anche solo di una parte) finalizzata al trasferimento dei complessi produttivi ad altra realtà imprenditoriale che dia garanzie di prosecuzione dell'attività; l'introduzione di una particolare disciplina per la gestione della crisi delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali che si caratterizza per la possibilità di avocazione al Presidente del Consiglio dei Ministri della competenza per l'emissione del provvedimento di ammissione immediata alla procedura e di nomina del commissario straordinario, nonché per l'introduzione di norme particolari e derogatorie circa le modalità della cessione dei beni, che lasciano sostanzialmente mano libera al commissario straordinario (e quindi al Governo) nella scelta dell'acquirente, e per la sospensione della normativa sulla concorrenza.

Scontando inevitabilmente il peccato di origine dell'intervento contingente la materia è ben lungi dall'essersi stabilizzata in quanto è già prevista una complessiva riforma dell'amministrazione straordinaria da attuarsi con lo strumento della delega ed è in affetti auspicabile una più meditata ed organica revisione dell'istituto da strutturarsi in modo unitario e con una flessibilità in grado di reggere anche alla spinta emergenziale.

Ma in questa ottica di regolazione lasciata pressochè totalmente alla discrezionalità della pubblica amministrazione in cui pare ci sia un ritorno all'opzione di valutare la sorte delle grandi imprese insolventi non in vista della pura e semplice conservazione dell'attività e del suo indotto perché rilevanti per l'economia e la pace sociale ma piuttosto in vista della sopravvivenza magari su basi non solidissime per finalità estranee all'economia perché ritenuta importante per l'immagine del paese o per altre valutazioni eminentemente politiche potremmo richiamare il proverbio secondo cui il diavolo fa le pentole ma non i coperchi.

Dico questo perché ci si dimentica che l'originaria scelta di ben maggiore rigore in difesa delle finalità dell'istituto ha comportato che siano stati eretti dei paletti di cui l'amministrazione pare dimenticarsi e che comunque forse sottovaluta.

Un caso recente ha portato alla ribalta questo problema in quanto in una procedura di amministrazione straordinaria un tribunale ha dichiarato la nullità della vendita dei beni aziendali per violazione delle norme sulla quantificazione del prezzo di cessione affermando un principio che ha potenzialmente effetti devastanti anche su procedure in corso o anche concluse, posto che l'azione di nullità non si prescrive.

Per comprendere il problema giova premettere che in tema di liquidazione dei beni dell'impresa insolvente vige la disciplina dettata da due disposizioni del d.lgs. n. 270/1999.

L'art. 62 indica le modalità di massima con cui debbono essere effettuate le vendite in conformità alle previsioni del programma, precisando che devono essere osservati i criteri indicati dal ministero e previa valutazione di esperti nominati dal

RELAZIONI A CONVEGNI

commissario straordinario e imponendo adeguate forme di pubblicità in caso di vendita di immobili, aziende e rami di azienda di valore superiore a € 51.645. Il mancato richiamo alle norme sull'espropriazione forzata o sul fallimento induce a ritenere che, salvo le indicazioni ministeriali e l'invito ad utilizzare "*forme adeguate alla natura dei beni e finalizzate al migliore realizzo*" (art. 62, c. 1), il commissario possa scegliere le modalità che ritiene più opportune, escluse tuttavia quelle che prevedono l'intervento del giudice, posto che questo presuppone una specifica investitura normativa.

Da notare che nessuna disposizione prevede espressamente che il prezzo non possa discostarsi dalla stima e che si ritiene in dottrina che quello, pur rappresentando l'obiettivo da raggiungere per il commissario, non costituisca tuttavia un vincolo, potendo l'organo gestore individuare come accettabili anche prezzi inferiori se ciò viene ritenuto indispensabile per raggiungere la salvaguardia dell'unità operativa dei complessi aziendali e del mantenimento dei livelli occupazionali²⁶¹.

Disposizioni particolari sono invece dettate dall'art. 63 per la vendita di aziende in esercizio al fine di garantire non solo la prosecuzione dell'attività per almeno un biennio ma anche i livelli occupazionali.

Prevede in particolare tale disposizione che per le aziende e i rami di azienda in esercizio "*si tien conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo*". L'individuazione del prezzo, in definitiva, deve essere effettuata inserendo nel calcolo come fattore negativo l'eventuale e probabile *badwill* e quindi in sostanza la perdita di gestione che tuttavia può essere individuata in via del tutto astratta in quanto lo stimatore ignora quali siano i piani e gli investimenti dei futuri acquirenti.

Come contropartita "*l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti nell'atto di vendita.*"

Pare evidente che per invogliare gli acquirenti e garantire così il mantenimento dei complessi produttivi e l'occupazione si scarichi sui creditori e, in particolare, su quelli forniti di garanzie reali sugli immobili il prezzo del salvataggio, posto che è ben possibile non solo che la cessione atomistica dei beni possa dare un risultato migliore ma soprattutto che il deprezzamento incida di fatto maggiormente sugli immobili aziendali.

Perché dicevo che nell'ambito di una normativa tutta volta a favorire la salvaguardia dei complessi produttivi e dell'occupazione a scapito dei creditori è sfuggito al legislatore che vi sono norme che vanno in senso opposto? Perché questo è ciò che si è verificato in un recente caso che ha fatto scalpore e che ha visto dichiarare la nullità della cessione di un'importantissima azienda con ricadute imprevedibili sulle sorti della stessa e sull'occupazione.

²⁶¹ PANZANI, *Fallimento*, 2000, 1081.

RELAZIONI A CONVEGNI

Il riferimento è al caso dell'amministrazione straordinaria della Merloni, nota ditta produttrice di elettrodomestici, e alla sentenza 20 settembre 2013 del Tribunale di Ancona²⁶² con la quale è stata dichiarata la nullità, previa disapplicazione di tutti gli atti amministrativi prodromici, della vendita del complesso aziendale per il valore di 10.000.000 di euro su un valore di stima di circa 12.000.000 in quanto era risultato che detta stima era stata effettuata calcolando l'incidenza di un *badwill* di quattro anni anziché di due e che se il calcolo fosse stato corretto il prezzo di stima sarebbe stato di circa 55.000.000.

Per arrivare a tale drastica soluzione il Tribunale ha osservato che la circostanza che l'art. 63 autorizzi in caso di prevista continuazione dell'attività di impresa a tener conto del *“badwill generato dalle inefficienze conseguenti alla difficoltà a recuperare l'equilibrio economico finanziario per un periodo individuato a prescindere, come dagli specifici impegni concordati con l'acquirente stesso, nel biennio successivo alla cessione”* altro non è che la conseguenza della volontà di *“compenetrare, da una parte, gli obiettivi di mantenimento del complesso industriale e della forza lavoro e, dall'altra, gli interessi dei creditori che, seppur “spossessati” dalle originarie garanzie ipotecarie, trovano un riconoscimento nel limite temporale stabilito dalla norma”*.

Questa affermazione, se vera, comporta dunque che in nome della finalità di preservazione dell'attività di impresa non si possa fare tutto ma che sussista un limite costituito dall'interesse dei creditori che comporta che il prezzo possa essere individuato in una misura che renda appetibile l'acquisizione di un'impresa che in una prima fase può operare in perdita ma che tale incentivo non possa superare una certa misura: *“il limite del biennio di riferimento per il calcolo della così detta “dote” indicato e considerato dal legislatore non è un termine neutro per i creditori, come tale esso non appare derogabile in loro danno, né può ritenersi rimesso alla libera determinazione delle parti nella regolamentazione degli accordi negoziali per la cessione dell'azienda. (...omissis...) Lo sconto sul prezzo, non rispondendo ad esigenze di mantenimento della competitività dell'azienda sul mercato, non può essere posto a carico dei creditori oltre un certo limite; a tal fine è lo stesso legislatore a predeterminarlo e ad ancorarlo data della stima e del biennio successivo”*.

E così conclude il Collegio: *“La determinazione del valore, considerando una correzione reddituale a quattro anni, a scapito dei diritti dei creditori in palese violazione delle disposizioni che disciplinano la vendita dell'azienda in esercizio di cui all'art. 63 d.lgs. n. 270/1999, realizza un'ipotesi di nullità del contratto per violazione di legge. La vendita del complesso aziendale è nulla ai sensi dell'art. 1418 c.c. per palese violazione di norma di legge, secondo l'insegnamento dettato dalla Corte di Cassazione, sez. U 12247/09, che ha affermato che le disposizioni che disciplinano la liquidazione dei beni dell'impresa insolvente nell'ambito dell'amministrazione*

²⁶² Presidente ed estensore la Dott.ssa Edi Ragaglia.

RELAZIONI A CONVEGNI

straordinaria, tra le quali rientra altresì l'art. 63, hanno il carattere di norme imperative alla cui violazione consegue la nullità e non la mera inefficacia dell'attività negoziale conclusa con la procedura di vendita, nella specie il contratto di compravendita di azienda”.

E in effetti la sentenza delle Sezioni Unite citata²⁶³ conclude per la nullità del contratto anche se in una fattispecie sostanzialmente opposta sotto il profilo dei presupposti di fatto nel senso che innanzitutto la vendita era stata effettuata come se l'azienda fosse stata in esercizio mentre, tanto per citare un particolare, al momento del commissariamento dell'impresa la stessa era ferma perchè era ancora incompleta dal punto di vista produttivo e perchè lo stabilimento era ancora in costruzione, tanto che le attrezzature robotizzate erano state oggetto di separata cessione, ma le modalità con cui era stata strutturata la vendita (inserendo anche beni assolutamente non utili per l'attività di impresa quale era quella effettivamente svolta prima dell'ingresso in procedura) aveva comportato che le stessa non fosse appetibile per coloro che fossero stati interessati a proseguire l'originaria attività.

Su tali premesse la Corte ha ritenuto che *“Com'è agevole constatare con gli artt. 62 e 63 il legislatore ha posto una serie di vincoli (osservanza dei criteri generali dettati dal Ministero dell'industria, accertamento preventivo del valore dei beni da liquidare, adozione di sistemi di pubblicità idonei per i beni immobili, le aziende ed i rami di azienda di valore superiore a cento milioni ecc.) diretti a salvaguardare una pluralità di interessi: quello dei creditori; quello dei lavoratori, nonchè l'interesse generale alla conservazione del patrimonio produttivo salvaguardando l'unità operativa dei complessi aziendali.*

Dette disposizioni, essendo poste a tutela di interessi generali, dell'economia e di categorie di persone, che vengono in considerazione, intrecciandosi tra loro, in una medesima vicenda, non ammettono una difforme regolamentazione e, pertanto, costituiscono sicuramente un limite inderogabile al potere discrezionale sia del commissario straordinario che del Ministero dell'industria nello espletamento delle attività richieste per pervenire all'alienazione dei beni dell'imprenditore insolvente. Si può, pertanto, fondatamente ritenere che tali disposizioni, in quanto inderogabili per i su esposti motivi, hanno il carattere di norme imperative, alla cui violazione deve essere ricollegata la nullità dell'attività negoziale conclusiva della procedura di vendita (nel caso di specie il finale contratto di compravendita del complesso aziendale), ai sensi dell'art. 1418 c.c., e la illegittimità degli atti prodromici (programma di cessione del complesso aziendale e autorizzazioni ministeriali alla esecuzione del programma ed alla vendita di detto complesso).

La violazione delle disposizioni in parola, infatti, non consente di realizzare l'assetto degli interessi in gioco voluto dal legislatore, e la lesione di detti superiori

²⁶³ In *Fall.*, 2010, 3, 302 con nota di MARELLI.

RELAZIONI A CONVEGNI

interessi, frustrando le finalità della procedura di amministrazione straordinaria, non può non ritenersi sanzionata, traducendosi come detto nella violazione di norme imperative, se non con la sanzione di nullità (trattasi di una ipotesi di nullità virtuale)".

La sentenza della Corte è indubbiamente *tranchante* e lascia poco spazio ad altre soluzioni.

In realtà tutto si gioca sull'affermazione secondo la quale *"nelle procedure concorsuali, aventi quale finalità la liquidazione del patrimonio del debitore ed il soddisfacimento dei creditori sul ricavato, rilevano due fondamentali interessi dei creditori, che sono propri di ciascun creditore anche singolarmente considerato: 1) l'interesse a che dalla vendita dei beni del debitore insolvente venga ricavato un prezzo quanto più possibile vicino a quello di mercato; 2) l'interesse a che l'attivo ricavato venga ripartito nel rispetto del principio della par condicio creditorum.*

Il primo interesse attiene alla fase liquidatoria ed il secondo alla fase di ripartizione dell'attivo; in particolare il primo interesse fonda la pretesa di ogni singolo creditore a che la vendita avvenga nella forma più vantaggiosa e, quindi, nel rispetto di tutta la normativa diretta a garantire tale fondamentale interesse.

Detti interessi vengono in considerazione anche nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che è anch'essa una procedura concorsuale (del D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 1, recita: "l'amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente"), e soprattutto nella ipotesi in cui la finalità del riequilibrio economico delle attività imprenditoriali venga perseguita tramite la procedura di predisposizione ed attuazione di un programma di cessione di beni aziendali".

E' condivisibile tale impostazione?

Su tale affermazione e cioè sull'equiparazione dell'interesse dei creditori agli altri interessi perseguiti dalla procedura di risanamento pare lecito avanzare un qualche dubbio; basta pensare ad esempio, alla disposizione di cui all'art. 70 che alla lettera a) prevede la conversione dell'amministrazione in fallimento *"quando, essendo stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, tale cessione non sia ancora avvenuta, in tutto o in parte, alla scadenza del programma"* così che se la cessione è invece avvenuta la procedura si chiude indipendentemente da quanto abbiano ottenuto i creditori.

Il quesito che si pone è allora il seguente: se non si vende al prezzo di stima può essere effettuata una ragionevole riduzione in vista del perseguimento delle finalità conservative della procedura?

Ad un primo approccio potrebbe dirsi la risposta è diversa a seconda che la vendita venga fatta in base all'art. 62 o all'art. 63. Nel primo caso la stima è a prezzo pieno per cui può essere accettata una ragionevole riduzione per andare incontro al mercato.

RELAZIONI A CONVEGNI

Nel secondo caso l'abbattimento sul prezzo dell'azienda viene fatto *ex lege* e quindi potrebbe essere ragionevole ritenere che se il legislatore lo ha predeterminato non può procedersi ulteriormente in quanto è già stato operato il bilanciamento degli interessi.

Tuttavia qualche dubbio rimane in quanto non è detto che proprio questo sia il senso dell'indicazione del metodo di determinazione del prezzo mediante la considerazione del *badwill* biennale.

Se infatti si considera che il prezzo in caso di vendita di aziende non in esercizio è sostanzialmente libero in quanto il commissario si può scostare dalla stima se il mercato non risponde, possiamo anche ipotizzare che l'autorizzazione a tener conto del *badwill* per un biennio in caso di cessione di aziende in esercizio altro non sia che l'invito a mettere in vendita fin dal primo momento l'azienda ad un prezzo realistico che tenga conto della necessità di mantenere l'occupazione per un certo tempo e quindi della probabile perdita di esercizio in caso di sovradimensionamento della forza lavoratrice.

Ma questo non vuol dire che detto prezzo sia anche il limite inferiore in quanto è ben possibile che il mercato non risponda, come è avvenuto nel caso della Merloni, e che quindi si ponga il problema di che cosa fare.

Io credo che non si possa ricorrere ad automatismi e quindi sostenere che, poiché non si può vendere al prezzo così determinato mantenendo l'occupazione, bisogna cessare l'esercizio di impresa e vendere atomisticamente o, peggio ancora, optare per l'impossibilità di eseguire il piano e virare sul fallimento.

Proprio la necessità di contemperare i due interessi in gioco e cioè quello alla conservazione dell'impresa e dei posti di lavoro e quello dei creditori credo che imponga di far una comparazione di convenienza tra la cessione atomistica e quella dell'impresa in esercizio sia pure con una riduzione del prezzo ulteriore rispetto al *badwill* biennale, cosicché, per tornare al problema iniziale, non è il solo fatto che la cessione sia avvenuta ad un prezzo inferiore a quello apparentemente imposto dall'art. 63 che può generare la nullità ma semmai è la cessione ad un prezzo inferiore a quello ricavabile dalla vendita atomistica che comporta un vizio della procedura, posto che diversamente dovrebbe concludersi che, abbandonata la procedura di amministrazione straordinaria, è lecita una cessione che comporta un ricavato minore, lo smembramento dell'azienda e il venir meno dell'occupazione con un conseguente fallimento su tutta la linea delle finalità della procedura inizialmente adottata.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

ASSIREVI

Liste di controllo per l'informativa di bilancio – L'Assirevi ha divulgato il *Quaderno n. 11*, con il quale sono state aggiornate le liste di controllo da applicarsi a banche, intermediari finanziari, SIM, SGR ed assicurazioni per la verifica delle informazioni integrative da inserire nelle note ai bilanci. Le liste di controllo sono rivolte ai soggetti incaricati della revisione e possono essere adottate come “*utile strumento di sintesi*” anche dai redattori del bilancio.

Il *Quaderno n. 11* ed i relativi allegati sono reperibili sul sito www.assirevi.it.

ASSONIME

Corporate governance – L'Assonime ha reso noto il documento *Note e Studi n. 4/2014* relativo al tredicesimo rapporto sulla *corporate governance* delle società quotate italiane, in cui sono state analizzate le *Relazioni* sul governo societario disponibili al 15 luglio 2013. L'approfondimento monografico concerne – come nella scorsa edizione – la remunerazione degli amministratori, dei sindaci e dei direttori generali.

Il testo di *Note e Studi n. 4/2014* è integralmente consultabile sul sito dell'Assonime: www.assonime.it.

Società a partecipazione pubblica e procedure concorsuali – Il *Caso n. 2* del 2014, diffuso dall'Assonime – prendendo spunto dalla recente sentenza della Corte di Cassazione del 27 settembre 2013, n. 22209 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 21/2013 di questa *Rivista*) – verte sul tema dell'assoggettabilità a procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica.

Il testo del *Caso n. 2/2014* è disponibile sul sito dell'Assonime: www.assonime.it.

Misure cautelari interdittive – Con il *Caso n. 3/2014*, l'Assonime affronta il tema della revoca delle misure interdittive adottate in fase cautelare nei confronti di un ente ai sensi dell'art. 50 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, soffermandosi in particolare su due

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

decisioni della Suprema Corte in cui non sono stati ritenuti sufficienti gli interventi attuati dalle società incriminate (Cass. pen. 21 novembre 2013, n. 46369; Cass. pen. 8 gennaio 2014, n. 326).

Il *Caso n. 3/2014* è reperibile sul sito www.assonime.it.

Conferimento d'azienda e valutazione in bilancio – L'Assonime, nel *Caso n. 4* del 2014, esamina l'iscrizione del conferimento d'azienda nel bilancio della società conferitaria, con precipuo riferimento al trattamento contabile da seguire ed ai criteri di allocazione del valore complessivo dell'apporto ai singoli cespiti conferiti.

Il testo del *Caso n. 4/2014* è consultabile sul sito www.assonime.it.

IRDCEC

Concordato preventivo in bianco – L'Istituto di ricerca dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha diffuso la *Circolare n. 38/IR*, con cui approfondisce alcuni profili del concordato con riserva, analizzando in particolare il ruolo del Tribunale, del commissario giudiziale e della *governance* delle società che presentano domanda di ammissione alla procedura.

La *Circolare n. 38/IR*, datata 3 marzo 2014, è disponibile sul sito www.irdcec.it.

Principi di attestazione dei piani di risanamento – L'Istituto di ricerca dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, congiuntamente ad altri enti, tra cui l'Accademia Italiana Di Economia Aziendale (AIDEA) e l'Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese (OCRI), ha pubblicato in consultazione un documento recante i *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, concernenti, tra l'altro, la nomina e l'accettazione dell'incarico da parte dell'attestatore, la verifica sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano, nonché la relazione di attestazione.

La finalità dei *Principi*, si legge in premessa, è quella di “*proporre modelli comportamentali condivisi ed accettati riguardanti le attività che l'attestatore deve svolgere, sia relativamente alla due diligence contabile [...] sia relativamente al giudizio di fattibilità del piano e al fatto che l'impresa possa riacquistare l'equilibrio economico-finanziario e patrimoniale desiderato*”.

Il documento è reperibile, con i relativi allegati, sul sito www.irdcec.it.

GIURISPRUDENZA

Scioglimento di una s.n.c. e compromettibilità in arbitri – Il Tribunale di Milano ha chiarito che l'accertamento di una causa di scioglimento di una società di persone non è materia deferibile ad arbitri, “*mentre ai soci è piuttosto ed esclusivamente riconosciuto il ben diverso diritto (questo sì «disponibile») di eliminare le «conseguenze» dello scioglimento, secondo netta distinzione destinata a rilevare immediatamente (ed inderogabilmente) per quanto attiene alla posizione degli organi sociali (con il sopravvenire dei*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

limiti di potere previsti ex art 2274 c.c.) nonché dei creditori, nei cui confronti (indiscutibilmente) gli effetti dello scioglimento si determinano non appena la relativa causa sia divenuta operativa”.

L’ordinanza del Tribunale di Milano del 7 febbraio 2014 è disponibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

S.r.l. ed inapplicabilità dell’art. 2393 bis c.c. – La Corte di Appello di Campobasso ha deciso che le previsioni di cui all’art. 2393 bis, 3° co., c.c., sono incompatibili con il regime della s.r.l., aggiungendo che tale norma “*non può essere recuperata attraverso il rinvio alle disposizioni sulla società per azioni, stabilito dall’art. 2477, 4° co., c.c., nei casi in cui è obbligatoria la nomina del collegio sindacale nella società a responsabilità limitata*”, in quanto il suddetto rinvio “*si riferisce, invero, alle norme sulle competenze, i poteri e responsabilità del collegio sindacale nelle s.p.a., e non anche alle disposizioni sull’azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*”.

La decisione della Corte di Appello di Campobasso del 15 febbraio 2014 è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Istituzione di trust e sopravvenuto fallimento della società – Il Tribunale di Napoli ha precisato che, per valutare la validità di un trust istituito anteriormente alla dichiarazione di fallimento, nel quale sia stato conferito l’intero patrimonio attivo e passivo della società, “*occorre accertare se la sua istituzione sia finalizzata al perseguimento di un interesse meritevole di tutela per l’ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), non altrimenti perseguibile con gli ordinari strumenti del diritto civile*”.

Nel caso di specie, poiché il trust è stato costituito “*quando la società si trovava già in stato di dissesto al solo fine di sottrarre i beni aziendali alle procedure esecutive attivabili dai singoli creditori*”, deve esserne dichiarata la nullità *ab origine*, con conseguente restituzione alla curatela di tutti i beni oggetto del trust.

La sentenza del Tribunale di Napoli del 3 marzo 2014 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Tenuta del libro inventari e bancarotta fraudolenta documentale – La Suprema Corte ha precisato che “*l’esposizione non analitica nel libro degli inventari delle giacenze di merci al termine di ogni esercizio*” – non consentendo “*di verificare la corrispondenza fra merci rinvenute dalla curatela e merci riportate in contabilità*”, il cui valore, nel caso concreto, differisce in maniera significativa – è “*sufficiente a far ritenere configurato il dolo della bancarotta fraudolenta documentale*”. I Giudici, in proposito, hanno ribadito, con riferimento al libro inventari, che “*la necessaria indicazione e valutazione delle attività e delle passività relative all’impresa, imposte dalla norma codicistica, ne sottintende ed esige l’analiticità, essendo il concetto stesso di inventario sintetico una contraddizione in termini, in quanto l’assenza di analiticità è inidonea a dar*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

conto delle attività e passività dell'impresa, facendo venir meno la funzione del libro" in questione.

Cassazione penale, 10 gennaio 2014, n. 647.

Bancarotta fraudolenta per distrazione – La Corte di Cassazione ha confermato un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, stabilendo che *“il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione non richiede l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il dissesto dell'impresa”*, e ciò poiché, *“una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, detti fatti assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza”*.

Inoltre, prosegue la Corte, è onere dell'amministratore provare che le somme asseritamente distratte sono state effettivamente impiegate per scopi aziendali, non essendo sufficiente un *“generico riferimento a non meglio precisati costi inerenti allo svolgimento della funzione gestoria, atteso che è dovere dell'amministratore documentare ai fini della completezza e coerenza della contabilità societaria le spese sostenute anche a tale titolo”*.

Cassazione penale, 7 marzo 2014, n. 11095.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Quotazioni delle valute estere per il mese di gennaio 2014

Sul sito Internet dell’Agenzia delle entrate (www.agenziaentrate.it – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è stato pubblicato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento recante - ai sensi dell’art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l’accertamento del cambio delle valute estere per il mese di gennaio 2014.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 14 feb. 2014)

Convertito in legge il dl “ Destinazione Italia

Sulla G.U. n. 43 del 21/02/14 è stata pubblicata la Legge di conversione del dl (cosiddetto Destinazione Italia) n. 145 del 23.12.13.

Queste le disposizioni fiscali rilevanti contenute nel decreto:

Attività di ricerca e sviluppo. Credito d’imposta

Istituzione di un credito d’imposta a favore delle imprese che investono in attività di ricerca e sviluppo, compresa la creazione di nuovi brevetti, nel limite massimo complessivo di 600 milioni di euro per il triennio 2014-2015.

Previsione di un bonus ricerca limitato alle imprese aventi un fatturato annuo inferiore a 500 milioni di euro.

In presenza di consorzi e reti d’impresa che effettuano le attività di ricerca, sviluppo e innovazione, il credito d’imposta sarà concesso fino a un importo massimo annuale di 2.500. 000 euro per ciascun beneficiario nella misura del 50% degli incrementi annuali di spesa nelle attività di ricerca e sviluppo.

Prezzi di trasferimento, interessi, dividendi. Ruling di standard internazionale

Le imprese con attività internazionale avranno accesso a una procedura di ruling di standard internazionale, con principale riferimento al regime dei prezzi di trasferimento, degli interessi, dei dividendi, delle royalties e alla valutazione preventiva della sussistenza o meno dei requisiti che configurano una stabile organizzazione in Italia.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Credito d'imposta per vendita di libri e buoni sconto per studenti

Istituzione di un credito d'imposta sui redditi degli esercizi commerciali che vendono libri al dettaglio, anche in formato digitale, muniti di codice Isbn.

L'art. 9 della legge prevede anche (norma comunque non di carattere fiscale) un buono sconto per gli studenti frequentanti istituti d'istruzione secondaria per l'acquisto di libri "di lettura" (quindi non scolastici) presso gli esercizi commerciali che decidono di avvalersi di detto credito d'imposta.

Finanziamenti a medio e lungo termine

Riforma del regime fiscale applicabile ai finanziamenti a medio-lungo termine. L'imposta sostitutiva diventa opzionale.

Compensazioni per le imprese

Possibilità per le imprese, che vantano dei crediti certificati nei confronti della p.a., di compensarli con le cartelle esattoriali; ciò sempre che l'importo sia pari o inferiore al credito vantato.

Occorrerà comunque, per l'effettiva applicazione della disposizione, attendere il relativo decreto attuativo del Ministero dell'economia e delle finanze.

Accisa sulla birra

Eliminata per il 2014 l'incremento dell'accisa sulla birra.

(Legge n. 9 del 21 feb. 2014, di conversione con modificazioni del dl n. 145 del 23 dic. 2013)

Firmato il decreto attuativo per le agevolazioni alle Start Up

I ministri Saccomanni (Economia) e Zanonato (Sviluppo Economico), hanno firmato il Decreto, in corso di pubblicazione sulla G.U., che fornisce le istruzioni per la detrazione e le regole per l'erogazione dei benefici fiscali per gli investimenti effettuati da aziende e privati negli anni 2013-2015 e, per effetto della legge 99/2013 (di conversione del Decreto Lavoro), anche 2016.

Il decreto rende fattuale l'applicazione, nelle dichiarazioni dei redditi 2014, delle seguenti agevolazioni fiscali per investimenti in start up innovative:

- detrazione IRPEF 19% sugli investimenti in denaro delle persone fisiche per importi non superiori a 500mila euro per periodo d'imposta.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

- deduzione IRES del 20% sugli investimenti in denaro delle società per un importo non superiore a 1,8 milioni di euro per periodo d'imposta.
- detrazione IRPEF 25% e deduzione IRES 27% sugli investimenti in start up innovative a vocazione sociale o che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico.

Le agevolazioni valgono per investimenti diretti o indiretti (tramite organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società di capitali che investono prevalentemente in start up). In ogni caso, devono essere mantenuti per almeno 2 anni (pena, decadenza agevolazione con obbligo di rimborso con interessi legali).

(Decreto attuativo dell'art. 29 della Legge n. 221 del 17 dic. 2012)

Fissati i coefficienti per Imu e Tasi per gli immobili D privi di rendita

Il Ministero dell'economia e delle finanze ha fissato i coefficienti da applicare per l'anno 2014 per il calcolo sia dell'Imu che della Tasi per i fabbricati classificabili nel gruppo D appartenenti ad imprese che:

- o non sono iscritti in catasto;
- o sono sforniti di rendita catastale;
- o sono distintamente contabilizzati.

(Mef, Decreto 19 feb. 2014, in G.U. n. 45 del 24 feb. 2014)

Quotazioni delle valute estere per il mese di dicembre 2014.

L'Agenzia delle entrate ha emesso, con le relative tabelle allegate, il Provvedimento recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di febbraio 2014.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 10 marzo 2014)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

L'indicazione in dichiarazione Iva dei crediti chiesti ante procedura di gruppo e negati

L'Agenzia delle entrate:

- ha ribadito che l'eccedenza Iva chiesta a rimborso in anni precedenti all'ingresso nella procedura e successivamente computabile in detrazione a seguito di diniego dell'ufficio, incontra il limite dell'art. 1, c. 63, della legge n. 244/07, nel senso che detta eccedenza non può confluire nelle liquidazioni Iva della società che l'ha maturata finché la stessa partecipa alla procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo;
- ha fornito chiarimenti in merito agli aspetti dichiarativi da porre in essere, precisando che, tra le novità del modello di dichiarazione Iva 2014 per l'anno

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

d'imposta 2013, è stato inserito il campo 2 del rigo VL8 nel quale indicare il credito chiesto a rimborso in anni precedenti e non ammesso dall'ufficio, al fine di evitare che lo stesso sia trasferito al gruppo. Le medesime istruzioni inibiscono, conseguentemente, la compilazione del rigo VL27 della dichiarazione, concernente il "credito chiesto a rimborso in anni precedenti e computabile in detrazione a seguito di diniego dell'ufficio", ai soggetti che hanno partecipato alla liquidazione "collettiva" per l'intero anno d'imposta, rinviando, a tal fine, alla compilazione del rigo VL8.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 21 del 18 feb. 2014)

Gli effetti del disconoscimento dell'opzione per la tassazione di gruppo

L'Agenzia delle entrate ha emesso una circolare nella quale precisa, tra l'altro, che il gruppo d'impresе nei confronti del quale, a seguito di un accertamento dell'Agenzia delle Entrate, è stata disconosciuta l'opzione per il regime di consolidato nazionale può chiedere, nell'ambito del procedimento di accertamento con adesione, il riconoscimento dei versamenti d'imposta precedentemente effettuati dalla società capogruppo. In sede di adesione, pertanto, sarà possibile attribuire alle società del gruppo i versamenti effettuati dalla consolidante e rideterminare così le imposte da recuperare a tassazione a causa del venir meno della *fiscal unit*.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 3 del 21 feb. 2014)

Quote partecipazione Banca d'Italia. Le regole per il riallineamento

L'Agenzia delle entrate ha dettato le istruzioni su come riallineare lo scarto tra il valore nominale e quello fiscale delle quote di partecipazione al capitale di Banca d'Italia. Destinatari delle nuove regole sono i partecipanti al capitale di via Nazionale, cioè sia quei soggetti che rientrano nella disciplina del reddito d'impresa (Ias/Ifrs adopter e non) sia quelli che ne restano fuori.

Al riguardo l'Agenzia ricorda che: *"La disciplina peculiare, dettata dal Dl 133/2013 e dalla Legge 147/2013, inquadra le quote di partecipazione al capitale di Bankitalia, da un punto di vista fiscale, nel comparto delle attività finanziarie per la negoziazione (portafoglio di trading) e determina un disallineamento tra il maggior valore nominale della partecipazione e quello fiscalmente riconosciuto. Il quadro normativo si preoccupa anche di riallineare il differenziale tra i due valori con l'applicazione di un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi, dell'imposta regionale sulle attività produttive e di eventuali addizionali."*

(Agenzia delle entrate, circ. n. 4 del 24 feb. 2014)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Nello scambio di punti fedeltà non si applica l'imposta sostitutiva del 20%

L'Agenzia delle entrate ha chiarito – modificando il diverso parere al riguardo prima espresso con la ris. n. 101/12 - che lo scambio dei punti fedeltà di diverse operazioni a premio non soggetta all'imposta sostitutiva dell'Iva del 20% (art. 19, c. 8, legge n. 449/97) ; ciò in quanto i punti non hanno in sé valore concreto e non possono quindi essere considerati essi stessi un premio.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 23 del 19 feb. 2014)

GIURISPRUDENZA

Sussiste l'abuso del diritto anche per i risparmi d'imposta che servono a superare la crisi

La Corte di Cassazione ha statuito che sussiste l'elusione fiscale anche se l'operazione commerciale, che genera un indebito risparmio d'imposta, è stata messa in atto per superare le difficoltà economiche dell'azienda.

Nel caso di specie il contribuente, per superare le difficoltà economiche e affermarsi sul mercato, aveva proceduto a una ristrutturazione aziendale avvalendosi della compensazione di crediti erariali.

(Cassazione, sentenza n. 3938 del 19 feb. 2014)

Non c'è abuso di diritto se l'operazione tesa a migliorare l'azienda

La sentenza fissa il principio in base al quale il carattere abusivo di un'operazione va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione stessa, ma possono rispondere a esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda.

Nel caso di specie, la Corte non ha ravvisato alcuna elusione fiscale nell'acquisto del pacchetto azionario di una società lussemburghese, rientrando l'operazione in un valido piano di ristrutturazione aziendale, al di là dell'abbattimento dell'utile e, quindi, del risparmio d'imposta.

(Cassazione, sentenza n. 4604 del 26 feb. 2014)

Cessione parziale delle quote della conferitaria. Non c'è abuso del diritto

La Ctr di Milano ha fissato il principio secondo cui la riqualificazione in cessione d'azienda della sequenza negoziale che prevede il conferimento d'azienda in una società e, contestualmente, la cessione delle relative quote sociali a un terzo, non può mai essere invocata quando il trasferimento azionario non interessa l'intero capitale sociale della conferitaria, ma solo una parte dello stesso."Al riguardo" - si legge infatti nella motivazione della sentenza - "va rilevato che, per poter individuare il trasferimento dell'azienda quale effetto giuridico finale di più atti di visti in collegamento negoziale, è necessario che tali atti realizzino il trasferimento dell'intero capitale sociale, in modo da

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

consentire al cessionario di acquisire il totale controllo dell'azienda". Dunque, qualora la cessione di quote non sia totalitaria, ma solo parziale, deve scongiurarsi qualsiasi ipotesi elusiva, poiché non si realizza il medesimo effetto finale di una cessione d'azienda ciò anche nel caso in cui la quota societaria trasferita sia significativa, da determinare la maggioranza in assemblea, tale condizione determina il controllo della società conferitaria, ma non integra i presupposti dell'acquisizione piena.
(Cttr di Milano, sentenza n. 519/36/2014 del 29 gen. 2014)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl –
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano –
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco
Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajeve -
Deputy Chairman Digital: Gianalberto
Zapponini.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.