

Abstract

Di fronte alla ormai conclamata crisi di ATAC S.p.A., società *in house* partecipata dal Comune di Roma, la presente tesi si pone l'obiettivo di esaminare attentamente le scelte effettuate dal management e dal consiglio comunale al fine di gestire lo stato di crisi ed evitare un definitivo dissesto.

L'ATAC S.p.A. è la società concessionaria del trasporto pubblico della città metropolitana di Roma e secondo la deliberazione di Giunta Capitolina n.194 del 2012, ATAC gestisce i servizi - dal 1° gennaio 2013 al 3 dicembre 2019 - di gestione trasporto pubblico locale di superficie (bus, filobus, tram) e di metropolitana (linee A, B/B1, C in costruzione), gestione dei parcheggi di interscambio e della sosta tariffata su strada e gestione della rete delle rivendite e di commercializzazione dei titoli di viaggio, nonché il servizio di esazione e controllo dei titoli di viaggio relativi alle linee della rete periferica esercita da Roma TPL S.c.r.l. alla Società ATAC S.p.A.

La crisi di Atac ha assunto importante rilievo su scala nazionale a causa della numerosità degli *stakeholders* della municipalizzata capitolina. La questione è di evidente *interesse pubblico*, essendo Atac totalmente partecipata dal Comune di Roma Capitale. Assume, soprattutto, una certa rilevanza l'aspetto *sociale* della situazione: ATAC S.p.A., infatti, conta oltre 11 mila dipendenti e oltre 300 milioni di debiti nei confronti di circa 2 mila fornitori. A tutto ciò si aggiunge l'esigenza di centinaia di migliaia di cittadini che quotidianamente fruiscono dei servizi di autotrasporto.

Il presente elaborato vuole innanzitutto fornire un quadro generale sull'evoluzione del dibattito sul fallimento delle società a partecipazione pubblica, in particolare le società *in house providing*. L'esigenza di affrontare l'argomento discende dal ruolo significativo che questi soggetti hanno acquisito nel contesto pubblico - economico, laddove si susseguono numerosi interventi normativi volti a rilanciare gli investimenti pubblici al fine di accrescere l'efficienza e l'efficacia dei servizi pubblici nel nostro Paese.

Il secondo capito, invece, sarà dedicato all'analisi del caso in specie attraverso l'esame della documentazione contabile relativa agli ultimi sei esercizi messa a disposizione della Società. Saranno utilizzati strumenti quali l'analisi economico-finanziaria e patrimoniale e l'elaborazione di indici di liquidità, redditività e struttura finanziaria, al fine di diagnosticare le cause scatenanti il lento processo degenerativo del capitale economico di Atac, sfociato nell'attuale stato di crisi conclamata.

Di seguito verrà analizzata la procedura concorsuale scelta dalla Società quale strumento di risoluzione della crisi, esaminando dettagliatamente il contenuto del piano di risanamento proposto originariamente e le più recenti integrazioni.

Infine, saranno brevemente trattate le modifiche apportate di recente alla normativa fallimentare attraverso la Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, con l'intento di far emergere lo "spazio normativo – procedurale" nel quale si sarebbe potuta inserire Atac, in uno scenario meramente controfattuale.

CAPITOLO I

L'evoluzione del dibattito sul fallimento delle società a partecipazione pubblica

Nel presente capitolo si affronterà il tanto dibattuto problema dell'assoggettabilità o meno al fallimento e alle altre procedure concorsuali della società a capitale pubblico, laddove all'interno di una compagine sociale ci si trovi innanzi ad uno o più enti pubblici (Stato, regioni, province, comuni, enti pubblici di vario genere).¹

Si sono nel tempo sovrapposte diverse teorie, elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che sul punto non hanno trovato sempre unanime posizione.

Si proverà ad analizzare in che modo la composizione pubblica di una compagine sociale possa influenzare gli effetti dell'insolvenza della società stessa, ed in che modo la recente riorganizzazione della materia contenuta nel D.Lgs. n. 175/16 possa offrire un apporto risolutivo alla problematica.

Sia la normativa codicistica (art. 2221 c.c.) che quella fallimentare (art. 1, l.fall.) stabiliscono per gli enti pubblici un'espressa esenzione dall'applicazione delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo.

1.1 L'evoluzione dei modelli organizzativi ed operativi per l'intervento pubblico nell'economia.

Nel corso degli anni l'originario modello "ente pubblico" così come concepito

¹ Autorevole dottrina ha considerato a capitale pubblico le società per azioni delle quali gli enti pubblici detengono la totalità o la maggioranza delle azioni o, comunque, un numero sufficiente ad assicurare, anche di fatto, il controllo della società: per tutti, F. GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2012, 445. Diversi sono i modelli di società a partecipazione pubblica, che si distinguono tra loro a seconda che la partecipazione del socio pubblico sia maggioritaria, minoritaria, di controllo (totale o parziale).

nell'ambito della legge fallimentare è stato ripensato e trasformato dal legislatore molteplici volte. Si assiste alla difficoltà di inquadrare le numerosissime società (srl o spa) a partecipazione pubblica, oggi esistenti, che si pongono a metà tra la realtà privatistica e quella pubblicistica e che, come tali, non solo non risultano interamente riconducibili a un sistema definito di principi e regole, ma sono anzi dominate da una sovrapposizione di discipline pubblicistiche e privatistiche.

Sembra utile ripercorrere i passaggi salienti che hanno portato, nell'ambito del diritto positivo, il nostro legislatore a prediligere l'utilizzo del modello privatistico societario rispetto a quello tipicamente pubblicistico.

Le tappe percorse sono tante e fino agli anni '70 i modelli pubblici scelti per l'intervento dello Stato nell'economia erano principalmente tre:

- ❖ Azienda autonoma²
- ❖ Ente pubblico economico³
- ❖ Azionariato pubblico

Quanto alle aziende autonome, si trattava di imprese organo dell'ente di pertinenza, dotate di autonome potestà gestionali, organizzative, finanziarie, contabili, seppur

prive, per la loro stessa natura di organi, di personalità giuridica con il compito di
2 R.GALLI, Corso di diritto amministrativo, Terza edizione, Padova, 2000, 290, nel quale l'Autore osserva come i primi casi di imprenditorialità pubblica si sono realizzati già con la legge 29/3/1903 n.103, attraverso la costituzione e l'esercizio delle "aziende municipalizzate" per la distribuzione dell'acqua potabile, del latte, del gas., sotto la spinta di idee di matrice socialista, cominciò a prevalere l'esigenza della municipalizzazione mediante la gestione attraverso appositi organi speciali incardinati nell'ente di appartenenza

3 R.GALLI, Corso di diritto amministrativo, Terza edizione, Padova, 294, nel quale l'Autore osserva che "le ragioni che giustificano la costituzione di un ente impresa possono essere le più varie: il risollevarlo dei settori economici carenziali, la creazione di enti di paragone che operando in regime di concorrenza con le imprese private, impediscano la lievitazione dei prezzi di mercato e garantiscano una qualità superiore dei prodotti; l'intervento in particolari settori ove il formarsi di monopoli o oligopoli privati renderebbe difficile, o quanto meno gravoso, l'accesso di tutti a determinati beni; la disincentivazione di posizioni di preminenza assunte in certi settori da grosse imprese".

prestare servizi, che in principio erano resi dalla pubblica amministrazione nelle forme e mediante gli strumenti della normale attività funzionalizzata, attraverso i propri organi.

Con la figura dell'ente pubblico economico, invece, si realizzava una forma di gestione diretta - da parte di un ente pubblico - di un'impresa, la quale, a differenza delle aziende autonome, persegue un fine squisitamente privatistico quale quello della produzione di reddito. In particolare tali Enti svolgevano servizi pubblici, erogando prestazioni ripartibili a richiesta dei privati e dietro corrispettivo.

Il modello Ente Pubblico Economico provava a conformare la struttura pubblicistica all'esigenza di realizzare fini, pubblici e privati insieme, attraverso un'organizzazione che si discostava da quella burocratica, richiedendosi per l'erogazione di determinati servizi una certa snellezza strutturale utile a far imporre l'Ente in termini competitivi e concorrenziali nel mercato.

In tali casi ci si trovava di fronte ad una dicotomia tra profili organizzativi - per i quali era preminente l'aspetto pubblicistico, riguardando sia i rapporti tra l'ente-impresa e l'ente politico, sia ogni atto di autorganizzazione della struttura imprenditoriale - e profili gestionali nella quale ricomprendere ogni prestazione di lavoro o di servizio oggetto dell'attività imprenditoriale, che restava di natura privatistica.

Con il modello dell'azionariato pubblico, infine lo Stato o gli enti pubblici territoriali si inseriscono in una struttura imprenditoriale da costituirsi o già costituita, acquistandone una quota azionaria.

E' stato evidenziato come l'incontrollata proliferazione degli enti pubblici realizzata sino alla metà degli anni '70 del secolo scorso ha ingenerato diseconomie di scala che hanno pesato sul bilancio dello Stato in modo rilevante⁴.

4 F. CARINGELLA, Corso di diritto amministrativo, Milano, 2003, 561. Nello stesso senso F. FIMMANÒ, Le società pubbliche, Milano 2011, 3, che evidenzia come, tra gli aspetti negativi di questo tipo di intervento pubblico nell'economia vi fossero "costi elevati, dovuti anche alla scarsa efficienza delle imprese pubbliche (

Per tale motivo, a partire dalla seconda metà degli anni '70, ha inizio il fenomeno della "privatizzazione" - in particolare con le leggi n. 359/92 e n.474/94 - volto ad introdurre anche nell'impresa pubblica l'utilizzazione del più duttile e snello modello societario.

Molteplici enti pubblici imprenditoriali vennero trasformati in società di capitale di diritto comune (S.p.a. o S.r.l.). Si trattava di una privatizzazione meramente formale in quanto lo Stato o gli enti pubblici rimanevano titolari dell'intero pacchetto azionario della società. Il cammino verso le privatizzazioni sostanziali è risultato molto impervio e difficile e gran parte delle neo costituite società restano contrassegnate da numerose anomalie. Ad oggi, quindi, nel nostro ordinamento convivono e coesistono numerose società che, pur adottando la veste propria del modello societario, presentano, atteso il controllo pubblicistico, caratteri specifici e singolari sì da creare problemi di qualificazione e inquadramento giuridico.

1.2 Definizioni e natura giuridica delle società a partecipazione pubblica

La prima difficoltà da affrontare è definitoria, dato che "società pubbliche" è un "sintagma fino a poco tempo fa estraneo al lessico giuridico italiano, dal significato incerto, riferibile a fattispecie non riconducibili a unità"⁵.

per la carenza di incentivi a minimizzare i costi e a migliorare la qualità), sempre meno sostenibili di fronte all'esigenza di porre rimedio al crescente debito pubblico; commistioni tra scelte manageriali dell'impresa e scelte politiche, al punto di piegare talvolta le prime a logiche di tipo clientelare, distorsione della concorrenza, essendo le imprese pubbliche avvantaggiate nei confronti di quelle private se è per loro meno stringente l'esigenza di chiudere in attivo il bilancio"

5 G. NAPOLITANO, Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie, in Riv. Soc., I, 2006, 999, il quale osserva che l'espressione è talora "usata in senso enfatico, per sottolineare come talune società siano sottoposte ad una disciplina speciale, tendenzialmente pervasiva, contenuta in leggi specificamente destinate a contemperare i connotati societari con le finalità pubbliche"; talaltra, "per indicare le ipotesi in cui, a prescindere dalla partecipazione azionaria pubblica, alcune società sono comunque sottoposte al controllo di enti pubblici, in base a previsioni legali o a vincoli contrattuali", talaltra, ancora, mediante l'utilizzazione dello "attributo pubblico" "per identificare la natura giuridica delle società, che, secondo alcuni studiosi e una

All'interno del *genus* delle società pubbliche, infatti, è possibile operare una classificazione che distingue tra società di mercato e società "semi-amministrazioni", ripartite, a loro volta, in tre ulteriori figure quali:

- ❖ Le società in house
- ❖ Le società alle quali sono attribuite funzioni pubbliche
- ❖ Le società deputate a svolgere servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative.

Quanto alla natura giuridica, le società a capitale pubblico sono soggetti formalmente privati disciplinati da norme che, in alcuni casi, derogano in chiave pubblicistica alla disciplina di diritto civile⁶.

La natura giuridica, però, delle predette società non è di facile specificazione.

Se si prova a partire dalle definizioni contenute nel panorama normativo (ante TUSPP⁷) ci si rende conto che lo stesso è caratterizzato da numerose disposizioni che istituiscono le società pubbliche ed all'interno delle quali ricorrono diversi sintagmi, termini ogni volta differenti, senza però dare ragione della differenziazione terminologica.

Sicuramente la dizione che sembra connotata dal maggior grado di onnicomprensività sembra essere quella di "società pubbliche"⁸, riferendosi non solo a società par-

parte della giurisprudenza, sarebbero veri e propri enti pubblici in forma societaria, in via di principio sottoposti alle norme del diritto amministrativo".

6 Il proliferare delle società pubbliche coincide con la progressiva diminuzione degli enti pubblici economici; il ricorso allo schema societario soddisfa l'esigenza di alleggerire il bilancio dello Stato e, per quanto concerne le società miste, di poter disporre di capitale privato. Cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 24 settembre 2012.

7 Decreto legislativo n° 175/16 "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" (TUSPP).

8 Cfr. C. IBBA, *società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.* 2005, pp.1 e ss. Secondo cui "con tale espressione si designano comunemente enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè, pubblico non

tecipate da enti pubblici, ma anche società rispetto alle quali enti pubblici, in ragione di un generale interesse pubblico, sono in grado di esercitare un controllo pur non partecipando al capitale sociale (attraverso clausole statutarie o vincoli contrattuali).

Per quanto riguarda la locuzione “società a partecipazione pubblica” è utilizzabile solo ed esclusivamente qualora un ente pubblico assuma la qualità di socio, mentre si dimostra inadeguata nel caso in cui l’influenza dell’ente sulla società si realizzi per vie differenti.

Possono essere differenti le partecipazioni assunte da enti pubblici in società di capitali:

- ❖ Partecipazioni minoritarie;
- ❖ Partecipazioni maggioritarie, che garantiscono in controllo della società;
- ❖ Partecipazioni totalitarie.

Di conseguenza si hanno diversi modelli di società a partecipazione pubblica:

- ❖ Società a partecipazione pubblica minoritaria;
- ❖ Società a partecipazione pubblica prevalente;
- ❖ Società a partecipazione pubblica totalitaria.

In merito alla disciplina alla quale sono sottoposti tali modelli, autorevole dottrina ha rilevato che, eccetto i casi di società c.d. legali (istituite, trasformate o comunque disciplinate con apposita legge speciale), “ci troviamo spesso di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è l’ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento è l’ente considerato bensì i soggetti – o alcuni dei soggetti – che vi partecipano; tanto che [...] si distinguono, usualmente, società a partecipazione pubblica minoritaria, maggioritaria, totalitaria. Ampliando un po’ la categoria, possiamo ricomprendervi anche società che, pur non essendo partecipate da uno o più enti pubblici, ne subiscono però in qualche modo il controllo o, per così dire l’influenza”.

della società convivono⁹”.

Il dibattito sviluppatosi vede contrapposte due visioni: la visione c.d. privatistica che vedrebbe le società a partecipazione pubblica soggette alla medesima disciplina delle società di capitali a partecipazione privata, e la c.d. visione pubblicistica che, invece, giunge ad ammettere la sostituzione delle norme societarie dettate dal codice civile con altre di natura pubblicistica, in virtù della prevalenza degli interessi pubblici in tale fattispecie.

L'orientamento comunitario, in ogni caso, tende a non tollerare privilegi in capo alla società a partecipazione pubblica, al fine di tutelare il principio di concorrenza.

In questa ottica, esonerare dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali le società a capitale pubblico insolventi potrebbe determinare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato, proprio perché le une potrebbero continuare ad operare in perdita sul mercato.

Alla società si applicherà quindi sia la disciplina del tipo sociale scelto (S.p.a. o S.r.l.) sia lo statuto dell'imprenditore (eventualmente) commerciale; in particolare, essendo la società un imprenditore privato, la stessa dovrebbe essere soggetta, in presenza dei presupposti necessari, anche alle procedure di fallimento e di concordato preventivo, dalle quali sono invece esclusi gli enti pubblici esercenti attività di impresa, ex art. 2221 c.c. e art. 1, comma 1, l.fall..

Anche la giurisprudenza, in passato, ha affermato la prevalenza, ai fini della disciplina applicabile alle società in mano pubblica, della forma privatistica dell'ente partecipato sulla natura pubblica dei soggetti partecipanti.

Negli ultimi vent'anni, però, il sempre più crescente ricorso al modello societario ha fatto pensare ad uno strumento per “evadere” dal diritto pubblico ed eludere controlli e vincoli imposti alle Amministrazioni, più che ad un modello organizzativo

9 F. FIMMANÒ, L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività, in F. FIMMANÒ (a cura di), Le società pubbliche, 12 ss.

che garantisce maggiore efficienza ed economicità operativa.

Per questo motivo la giurisprudenza amministrativa ha più volte equiparato le società «partecipate» a veri e propri enti pubblici imponendo il rispetto di regole pubblicistiche¹⁰.

La rilevanza così attribuita alla natura pubblica dei soci, delle risorse ed eventualmente anche dell'attività delle società a partecipazione pubblica ha fatto, poi, dubitare della loro soggezione al fallimento.

1.3 La questione dell'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

L'art. 2221 c.c. assoggetta al fallimento e al concordato preventivo, in caso d'insolvenza, gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori; e l'art. 1 l. fall. ribadisce sia la regola generale, sia l'esenzione disposta per gli enti pubblici.

Nessun dubbio, quindi, riguardo l'esenzione degli enti pubblici, se pur titolari di un'impresa commerciale. Negli ultimi vent'anni, invece, l'uniformità di opinione in merito all'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali è venuta meno.

Originariamente, il problema della riconducibilità della nozione di impresa pubbli-

¹⁰ Così, Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in Foro it., 1994, I, pag. 325, che argomentò il persistente controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici evidenziandone la natura di società «di diritto speciale», con la conseguenza, pertanto, che esse non avrebbero perso del tutto le originarie connotazioni pubblicistiche; in seguito, tra le altre, v. anche Cons. St., 5 marzo 2002, n. 1303, in Foro it., 2003, III, pag. 238; Cons. St., 17 settembre 2002, n. 4711, in Foro it., 2003, III, pag. 205; Cons. St., 30 gennaio 2006, n. 308, in Giornale dir. amm., 2006, pag. 623. Critico nei confronti di questa giurisprudenza G. SCOCA, Il punto sulle società pubbliche, in Dir. econ., 2005, 241; cfr. anche L. SALVATO, I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali, in Dir. fall., 2010, I, 612 e ss

ca anche a quella esercitata dalle società pubbliche, oltre che dagli Enti Pubblici, era rimasto fuori dall'area della materia concorsuale.

La dottrina dominante non dubitava, infatti, che nell'esenzione dell'art. 1, primo comma, l.fall, "si ricollega alla qualità del soggetto quale ente pubblico": essa non opera, perciò, a favore delle società delle quali lo Stato o altri enti pubblici detengono la maggioranza o la totalità delle azioni.

Nella disciplina codicistica degli anni 50 era contemplata agli artt. 2458-2460 c.c., la partecipazione azionaria dello Stato, e di altri enti pubblici, in società per azioni, e venivano considerate alcune ipotesi in rapporto alle quali si sarebbe potuto dubitare della natura privata della società. Infatti, l'art. 2458, primo comma, c.c. prevedeva che, se lo Stato o gli enti pubblici hanno una partecipazione azionaria, l'atto costitutivo può conferire ad essi la facoltà di nominare uno o più amministratori e sindaci. Il secondo comma aggiungeva che tali amministratori e sindaci potessero essere revocati esclusivamente dagli Enti pubblici che li avevano nominati. Ciò comportava una grave menomazione dell'autonomia sociale, la quale giustificava il dubbio sopra indicato. Si riteneva, quindi, di essere in presenza di un controllo idoneo a caratterizzare la natura pubblica dell'ente.

Con la legge 29 del 1941, veniva però accantonata questo dubbio concernente l'effettiva natura privatistica delle società a partecipazione pubblica. Tale disposizione, infatti, affermava che l'imposizione del controllo non implicava la modifica della natura dell'ente controllato.

Nel quadro di una tale disciplina, il fenomeno delle società pubbliche non ha comportato nessun problema di diritto concorsuale fino a quando, nei secondi anni ottanta e negli anni novanta, la scelta di tale strumento è divenuta "quasi una costante del legislatore nella prospettiva della riorganizzazione dell'amministrazione pubblica e nella ricerca di modelli che potessero garantire efficienza ed economicità.¹¹"

11 — L. SALVATO in F. FIMMANÒ, Le società pubbliche, Milano 2011

Ad essere cambiato nel tempo, in tal caso, non è il contenuto della norma fallimentare, ma il contesto economico di riferimento e, più precisamente, la modalità di intervento dello Stato e degli altri Enti pubblici nell'economica.

Come già accennato, negli ultimi vent'anni l'uniformità di opinioni è venuta meno, essendosi diffuse sia in dottrina che in giurisprudenza alcune opinioni contrarie all'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

Si sono venuti a creare due approcci:

- ❖ Approccio c.d. privatistico puro, che ritiene che il fatto in sé che si tratti di società di capitali condurre alla piena e incondizionata soggezione alla disciplina di diritto comune in materia concorsuale; in dottrina tale approccio è assolutamente dominante. Secondo tale opinione dominante, le società a partecipazione pubblica non perderebbero la loro natura privata, rimanendo, quindi, assoggettabili al fallimento ed al concordato preventivo. Questo assunto sarebbe avallato dal fatto che il legislatore abbia manifestato - emanando poche norme riguardo tali società- la volontà di assoggettare le società a partecipazione pubblica alla disciplina privatistica. Di recente anche la giurisprudenza di legittimità, con la decisione del 15 maggio 2013 n. 22209, ha aderito alla tesi dell'assoggettabilità a fallimento delle società a capitale pubblico¹². Secondo la Cassazione, l'esercizio di determinate attività ad interesse pubblico, attraverso il modello societario privatistico, comporta automaticamente che queste si assumano i rischi connessi all'insolvenza. A parere dei giudici di legittimità, una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale. Tuttavia, se la fallibilità delle società a capitale misto pubblico-privato sembrerebbe essere pacifica, la giurisprudenza è apparsa inizialmente

¹² — Nel caso di specie, si trattava di società a responsabilità limitata, partecipata al 51% dall'ente locale, affidataria, in regime di concessione, della gestione del servizio pubblico locale in materia di rifiuti.

oscillante con riferimento alle società a totale partecipazione pubblica¹³.

- ❖ Approcci c.d. differenziati, che ritengono sia possibile ritagliare spazi di differenziazione, in presenza di condizioni specifiche.

Nell'ambito degli approcci differenziati, va ulteriormente distinta la posizione di chi evidenzia le condizioni o i presupposti specifici su cui fondare la differenziazione tra società pubbliche esonerate e società pubbliche non esonerate dalle procedure concorsuali.

Si hanno dunque altri due approcci in tale ambito di differenziazione:

- ❖ Approccio tipologico: che riguarda l'esonero di società pubbliche che presentano connotati tali da ricondurre alla loro sostanziale riqualificazione come enti pubblici e/o equiparazione agli enti pubblici economici; In sostanza organizzazione e funzionamento della società sarebbero quelli propri di un ente pubblico, piuttosto che quelli tipici della forma giuridica adottata. Tali indici andrebbero poi combinati con l'attività costituente il loro oggetto sociale e/o al regime legale applicabile in conseguenza delle modalità con cui siano risultati affidatarie di determinati appalti o concessioni, come tipicamente nel caso delle società c.d. in house. Tra questi, i più comunemente valorizzati sarebbero la partecipazione pubblica totalitaria o quasi totalitaria, il perseguimento di finalità d'interesse pubblico, l'ingerenza pubblica nella nomina degli organi sociali, la limitazione dell'autonomia dell'organo amministrativo a fronte dell'attribuzione ai soci pubblici di poteri maggiori di quelli normalmente spettanti ai soci, lo svolgimento della maggior parte dell'attività in favore degli enti pubblici soci, l'erogazione da parte di questi di risorse finanziarie.

¹³ Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 26283 del 25 novembre 201393, muovendo dalla considerazione che le società in house rappresentano articolazioni organizzative dell'ente pubblico controllante, ha superato i dubbi precedenti sostenendo che non vi è distinzione tra ente pubblico e società. Conseguentemente, anche quest'ultima riveste le caratteristiche dell'ente pubblico e, pertanto, non è fallibile.

In questa prospettiva è stato sostenuto che le società a partecipazione pubblica (in particolare le c.d. in house), se ricorrono tutti i presupposti, si qualificherebbero come veri e propri enti pubblici, conseguente estensione all'esonero di cui all'art. 1, co.1, l. fall., dettato per gli enti pubblici. L'approccio tipologico viene incentrato sulla riqualificazione di dette società come mere articolazioni interne dell'ente affidante, con correlativo disconoscimento sostanziale della reciproca alterità soggettiva e affermazione della sussistenza di un regime di imputazione soggettiva dalla società all'amministrazione. Se ne deduce, quindi, che la disciplina della società partecipata possa essere ricostruita solo dopo aver accertato gli indici rivelatori della sua natura, pubblica o privata. Prima di dichiarare il fallimento di una società a partecipazione pubblica, occorre interrogarsi sulla natura della medesima: se l'aspetto gestionale e quello operativo risultano completamente avulsi dalle regole di diritto commerciale, la società va qualificata quale ente pubblico, come tale sottratto al fallimento in base all'art. 1 l. fall.

- ❖ **Approccio funzionale:** ritiene che l'esonero riguardi quelle società pubbliche che svolgono un'attività tale da condurre alla loro qualificazione come società "necessarie" per l'ente pubblico cui sono legate. Secondo tale teoria, lo spossamento del debitore e la cessazione dell'attività d'impresa, che costituiscono effetto immediato del fallimento ai sensi dell'art. 42 l. fall., finirebbero, nel caso di società a partecipazione pubblica che svolgono un pubblico servizio, per pregiudicare l'interesse pubblico alla esecuzione continuativa e regolare del servizio pubblico. Sarebbe proprio questa la ratio della esclusione del fallimento per gli enti pubblici, disposta dagli artt. 2221 c.c. e 1 l. fall. Gli enti pubblici, cioè, sarebbero esonerati dal fallimento proprio in quanto enti «necessari», sicché lo stesso regime dovrebbe valere per le società a partecipazione pubblica che, in quanto affidatarie della gestione di un servizio pubblico essenziale, possano considerarsi pur esse "necessarie". Il metodo "funzionale", pur presentando sostanziali punti di contatto e di condivisione col metodo tipologico pubblicistico, consen-

tirebbe una più idonea delimitazione dei soggetti esclusi dal fallimento, limitando l'esenzione alle sole società a capitale pubblico "necessarie", e consentirebbe così di circoscrivere l'esenzione entro limiti ristretti e ben contenuti. L'elemento essenziale, è quindi la "necessarietà" dei pubblici servizi, e quindi della stessa esistenza della società pubblica, per l'ente pubblico che le partecipa. Tali società "necessarie", infatti, non sarebbero sottoponibili al fallimento, poiché l'eventuale apertura della procedura concorsuale lederebbe inevitabilmente quegli interessi pubblici che la clausola di esonero prevista dall'art. 1 l. fall. vuole salvaguardare.

Mentre per il metodo tipologico – in virtù della qualificazione della società a partecipazione pubblica quale ente pubblico – l'art. 1 l. fall. è applicabile in via diretta, per il metodo funzionale si rende necessaria un'operazione più complessa, che passa attraverso i) l'individuazione della ratio che giustifica l'esenzione da fallimento dell'ente pubblico l 17; ii) la verifica della sussistenza, nella fattispecie che vede coinvolta la singola società a partecipazione pubblica, delle stesse esigenze di tutela che motivano l'esenzione da fallimento dell'ente pubblico l 18; iii) l'interpretazione analogica del disposto contenuto nell'art. 1 l. fall., così da negare la fallibilità della società in questione.

In base a tale impostazione, la medesima società potrebbe essere assoggettata alla disciplina pubblicistica per alcuni aspetti, e a quella privatistica per altri.

A tale tesi ha aderito anche una parte della giurisprudenza di merito¹⁴.

Accanto a tali riclassificazioni, la dottrina ha altresì espresso ulteriori diverse opinioni, che potrebbero anche, alternativamente, essere collocate quali sotto-classificazioni degli approcci sopra delineati. In tale ambito si è ritenuto che debbano reputarsi esonerate dalle procedure concorsuali le società c.d. *in house*¹⁵, e quelle società

14 Corte d'appello di Torino, 15 febbraio 2010

15 La Corte di Cassazione, il 24 ottobre 2014, ha emanato la Sentenza n. 22609, dove si esprime sui requisiti necessari affinché una Società possa essere definita "*in house*". La Società può essere definita "*in house*", allorché vi sia contemporanea presenza di 3 requisiti: 1) il capitale sociale sia

pubbliche che non svolgono attività qualificabile come “impresa commerciale”, per l’assenza di un’attività economica lucrativa e/o per il fatto che l’attività stessa viene svolta in assenza di vere e proprie condizioni di mercato.

La tesi della non assoggettabilità a procedure concorsuali delle società in house, è prevalentemente fondata sul rilievo qualificatorio che si ritiene di dover attribuire alle caratteristiche organizzative che il necessario rispetto del requisito del “controllo analogo” comporta, rispetto agli schemi societari di diritto comune. Tali caratteristiche comportano una riqualificazione sostanziale della società come ufficio interno dell’amministrazione e/o quantomeno estensione ad essa della disciplina applicabile all’amministrazione di cui costituirebbe ufficio interno. Concetto quest’ultimo, proprio dell’approccio tipologico.

In altri casi ancora prescinde del tutto dalla natura (in house o meno) dell’affidamento ed è basata in via esclusiva sulla natura del servizio esercitato e sulla possibilità o meno di ravvisarvi i caratteri della “necessità” per l’ente affidante, in guisa da adagiarsi sull’invocazione in via esclusiva dell’approccio funzionale. Stando a tale opinione occorrerebbe distinguere tra società in house “esentate” e società in house “non esentate” dalle procedure concorsuali, avendo esclusivo riguardo alle peculiarità dell’attività svolta, prescindendosi del tutto dalle modalità con cui è avvenuto il relativo affidamento e con cui è regolato l’assetto organizzativo interno della società e i poteri di controllo analogo spettanti all’amministrazione affidante.

All’interno della galassia delle Società pubbliche, la locuzione in house providing identifica una modalità dell’autoproduzione pubblica realizzata non mediante un integralmente detenuto da uno o più Enti pubblici per l’esercizio di pubblici servizi e lo statuto vieti la cessione delle partecipazioni a privati; 2) la Società espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli Enti partecipanti, in modo che l’eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; 3) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici, con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del Codice civile.

servizio “interno” alla P.A., bensì attraverso un ente distinto e da questa controllato (da sola o congiuntamente ad altre P.A.) o mediante un rapporto contrattuale con altri soggetti pubblici. L’affidamento diretto di un servizio pubblico si consente tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna. Da qui, l’espressione in house che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. Autorevole dottrina¹⁶ ha chiarito che la Società in house identifica, quindi, un modello organizzativo in virtù del quale, nonostante la distinta soggettività giuridica, l’attività dalla stessa svolta è come se fosse espletata direttamente dall’ente pubblico. L’ordinamento italiano ha individuato nelle società di capitali (s.p.a. e s.r.l.) la veste ideale per l’in house provider, cioè per il soggetto dominato dall’ente pubblico affidante. Tuttavia, il modo in cui si sono specificati i requisiti che l’in house provider deve necessariamente possedere (in particolare, il requisito del c.d. “controllo analogo”) ha portato a una sempre maggiore forzatura dei principi e delle norme imperative del diritto societario.

Il tema della fallibilità delle società in house, anche nell’ipotesi in cui esercitino attività di gestione di servizi pubblici non essenziali, appare ad oggi ancora controverso.

La giurisprudenza risulta divisa.

Con la sentenza Cass. S.U. 25 novembre 2013 n° 26283, la Corte di Cassazione ha precisato, indirettamente, che l’esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, prevista per gli enti pubblici dall’art. 1, comma 1, della legge fallimentare, deve essere applicata anche alle società cd. in house providing, le quali sono quelle società, che presentino, sulla base dell’elaborazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, congiuntamente i seguenti tre requisiti: 1) natura esclusivamente pubblica dei soci; 2) lo svolgimento dell’attività in prevalenza a favore dei soci stessi; 3) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato

¹⁶ L. SALVATO, Responsabilità degli organi sociali delle Società in house, in *Il Fallimento*, Milano, 2014, 33

dagli enti pubblici sui propri uffici.

In presenza delle società in esame non può configurarsi un rapporto di alterità, né una separazione patrimoniale, tra l'ente pubblico partecipante e la società stessa.

La suprema Corte ritiene infatti che la Società *in house*, non si collochi come un'entità esterna all'ente pubblico, bensì sia articolazione interna di quest'ultimo, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo. In qualità di articolazioni di enti pubblici, a tali società deve essere estesa l'esenzione di fallimento, ex articolo 1.fall.

Di altro avviso risultano essere alcuni giudici di merito, supportati inoltre da giurisprudenza di legittimità¹⁷. Secondo questo orientamento, favorevole all'assoggettamento delle società *in house* alle procedure concorsuali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza. Al fine di individuare i soggetti fallibili non rileva il tipo di attività svolta, quale quella di servizio pubblico essenziale, ma la natura del soggetto. Ciò in quanto, non potrebbe consentirsi alle società *in house* di usufruire di alcuni effetti derivanti dalla disciplina delle società di capitali (ad esempio l'organizzazione corporativa o la responsabilità limitata) e di rinnegarne invece altri (come la personalità giuridica, la responsabilità civile degli amministratori o la soggezione alle procedure concorsuali)¹⁸.

Infine, l'esenzione dal fallimento delle società *in house* può tradursi in una irragionevole compressione dei principi, contemplati dalla disciplina privatistica, dell'affi-

¹⁷ Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 22209, dep. 27 settembre 2013; nello stesso senso Cass. civ., 6 dicembre 2012, n. 21991

¹⁸ S. LOCORATOLO, Società *in house*, il nodo-fallimento, in *Il Sole 24 ore*, 09/02/2015, 21.

damento in buona fede dei terzi che, contrattando con essa, hanno confidato sulla legittima esistenza di una società iscritta nel registro delle imprese come S.p.A. e, pertanto, assoggettata in toto alla relativa disciplina.

1.4 Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica

L'introduzione del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, ha fatto naufragare ogni tipo di dibattito in tema di fallibilità delle società a partecipazione pubblica – essendo prevista la fallibilità delle stesse - almeno sicuramente per le società non qualificabili come *in house*, laddove per queste ancora restano dubbi interpretativi.

Il Testo Unico si articola sostanzialmente in quattro tipologie di intervento:

- 1) disposizioni introduttive recanti: l'indicazione dell'oggetto e dell'ambito di applicazione del T.U. (art. 1); la formulazione delle definizioni (art. 2); l'individuazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3). L'individuazione delle tipologie di società è completata dagli artt. 16, 17 e 18, dedicati, rispettivamente, alle società *in house*, alle società miste pubblico-private, al procedimento di quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati;
- 2) disposizioni volte a stabilire condizioni e limiti delle partecipazioni pubbliche, nonché a ridefinire le regole per la costituzione di società o per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, e di alienazione di partecipazioni pubbliche (artt. da 4 a 10);
- 3) disposizioni in materia di organi di amministrazione e di controllo delle società a controllo pubblico, con riferimento ai seguenti profili: governance societaria, requisiti dei componenti degli organi di amministrazione e compensi dei membri degli organi sociali (art. 11); regime di responsabilità dei

rappresentanti degli enti pubblici partecipanti (art. 12); regime di controllo, con riguardo all'attivazione del controllo giudiziario (art. 13), alla prevenzione della crisi di impresa (art. 14), al controllo e monitoraggio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 15);

- 4) disposizioni volte a incentivare l'economicità e l'efficienza mediante l'introduzione di procedure di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria (artt. 20 e 24), di gestione del personale (artt. 19 e 25), di specifiche norme finanziarie per le partecipate degli enti locali (art. 21) e di promozione della trasparenza (art. 22).

Per quel che qui interessa, il Testo unico è intervenuto a disciplinare la crisi delle società a partecipazione pubblica (art. 14) ed ad introdurre nel diritto positivo interno una disposizione anche definitiva delle società *in house*.

Più in particolare, l'art. 14 T.U., stabilisce espressamente che le società partecipate sono soggette alla disciplina fallimentare e al concordato preventivo – e se vi sono le condizioni all'amministrazione straordinaria – prevedendo inoltre uno o più indicatori di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, definiti nell'ambito di programmi di valutazione del rischio, dettando specifiche procedure per prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause fra cui in primis un piano di risanamento che l'organo amministrativo della società deve adottare.

L'articolo 16, interviene sulla disciplina delle società *in house*. La norma dispone, al primo comma, che le società *in house* possono ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni pubbliche che esercitano su di esse un controllo analogo ovvero da ciascuna delle amministrazioni che esercita un controllo analogo congiunto, solo se non vi è la presenza di privati ovvero – ai sensi della direttiva 2014/24/UE - se quest'ultima è prevista a seguito di prescrizioni di legge e risulta priva di potere di controllo, veto o influenza dominante sulla società (parrebbe quindi limitarsi alla qualità di “finanziatore”). Il secondo comma, conferisce alle società *in house* la fa-

coltà di prevedere alcune deroghe, quali:

- per le società per azioni è possibile inserire negli statuti una clausole in deroga alle disposizioni in materia di amministrazione della società nel sistema di governance tradizionale (dell'articolo 2380-bis) e di amministrazione della società nel sistema di governance dualistico (dell'articolo 2409-novies);
- per le società a responsabilità limitata può essere prevista negli statuti, l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;
- in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali che possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga al codice civile.

E' prevista inoltre, al terzo comma, l'obbligatorietà, di prevedere, nei relativi statuti delle società *in house*, che oltre l'80% del loro fatturato derivi da compiti effettuati in favore dell'ente pubblico o degli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto a quella prevalente è consentita solo se permette di conseguire economie di scala o altri guadagni di efficienza produttiva nell'esercizio dell'attività principale della società.

L'articolo 14 del Testo Unico se da un lato ha assicurato al mercato quell'uniformità di regole necessarie a rendere certezza ai traffici giuridici, dall'altro afferma che le società pubbliche partecipate sono soggetti privati e pertanto rientranti nel perimetro delle disposizioni del diritto comune, con la conseguenza di essere soggetti alle diverse procedure concorsuali oggi previste, quand'anche la forma assunta sia quella della società strumentale od *in house*.

Tuttavia, alla luce della formulazione adottata, non potrebbe escludersi che qualcuno possa ancora sostenere che quella così introdotta esprima solo una regola generale e che la stessa possa o debba essere ritenuta non applicabile in presenza di

situazioni o fattispecie particolari, tali da configurare un regime di specialità o di eccezionalità in deroga al nuovo (e generale, appunto) precetto.

Ci sarebbe, però, da dire che il fatto che l'enunciato si esprima in termini così netti, incondizionati e generali induca a pensare che l'intenzione del legislatore fosse e sia quella di estendere la medesima soluzione a quelle società, come le *in house*, per le quali maggiormente si erano posti interrogativi.