



TRIBUNALE DI MODENA

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio e composto dai Magistrati

Dott. Vittorio Zanichelli Presidente rel.

Dott. Michele Cifarelli Giudice

Dott.ssa Alessandra Mirabelli Giudice

nel procedimento C.P. 70/13 ha emesso il seguente

DECRETO

Esaminato il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva depositato in data 23 dicembre 2014 da SASSUOLO GESTIONI PATRIMONIALI S.R.L.

osserva:

La Sassuolo Gestioni Patrimoniali s.r.l. (in seguito: SGP) è una società interamente partecipata del Comune di Sassuolo il cui statuto prevede (art. 3) che abbia per oggetto "A) gestione del proprio patrimonio – escluse le reti, gli impianti e le altre dotazioni relative ai servizi pubblici locali di cui alla seguente lettera B) – e di quello del Comune di Sassuolo, a qualunque titolo affidato, intendendosi per gestione qualunque attività connessa alla manutenzione, allo sfruttamento, alla ristrutturazione e all'ampliamento dei beni stessi; B) produzione di beni e servizi strumentali all'attività del Comune di Sassuolo, con esclusione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas e servizio idrico integrato".

E' noto come dottrina e giurisprudenza, che in origine non avevano avuto incertezze sull'assoggettabilità alla disciplina del diritto privato, anche sulla base del chiaro dettato dell'art. 2201 c.c., sulla natura di enti (denominati società pubbliche o in mano pubblica) costituiti in forma di società ma aventi nella loro compagine sociale enti pubblici e la cui attività è funzionale quando non sostitutiva a quelle degli enti stessi, si siano interrogate vivacemente negli ultimi anni sulla correttezza di tale soluzione soprattutto da quando il loro numero si è moltiplicato, verosimilmente, come ha avvertito la dottrina, più con l'intento di mantenere una cassa di privilegio piuttosto che con quello di aprirsi al mercato.

Prescindendo da aspetti che qui non interessano e disordinatamente regolati dal legislatore in modo assolutamente frammentario, mette conto segnalare che almeno la giurisprudenza della Corte di Cassazione sembrava aver raggiunto un approdo sicuro in quanto tra la teoria c.d. *funzionale*, secondo la quale la disciplina giuridica applicabile alle società in questione deve essere individuata in base alla compatibilità di quella di diritto comune con le specifiche norme di settore, e quella c.d. *tipologica* per la quale è dirimente la qualificazione della natura privata della società, una volta che questa sia iscritta nel registro delle imprese, sempre che, secondo un'ulteriore ripartizione, non vi siano determinati indici di natura pubblicistica che ne impongano la riqualificazione, ha decisamente optato per una rigorosa conformità tra forma prescelta e disciplina applicabile con due recenti sentenze: la n. 21991 del 6 dicembre 2012 e la n. 22209 del 27 settembre 2013.

Con la prima ha ribadito << 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 perchè lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico": il rapporto tra la società e l'ente locale "è di assoluta autonomia, sicchè 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... La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società...avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società">> ricordando altresì che << 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, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicchè, 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 >>.

La seconda pronuncia ha innanzitutto negato l'avallo della Corte a quelle decisioni che avevano ritenuto di poter negare l'assoggettabilità alla normativa concorsuale in base all'emergenza di alcuni caratteri pubblicistici dell'attività evidenziando che *"la tesi mal si concilia con la perdurante vigenza del principio generale stabilito dall'art. 4 della I. n. 70/75, che, nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, evidentemente richiede che la qualità di ente pubblico, se non attribuita da una espressa disposizione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco"*. Ha poi chiarito che *"Neppure è persuasivo l'argomento che, dalla necessità del servizio pubblico gestito, vorrebbe far derivare la necessità del soggetto privato che lo eroga, con conseguente sua esenzione dal fallimento. Va intanto ricordato che il d.l. n. 134/08, convertito dalla I. n. 166/08, detta norme specifiche in materia di ristrutturazione industriale di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, proprio al fine di assicurare che questi non subiscano interruzioni, ma non esclude che tali imprese siano sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria.*

Risulterebbe pertanto privo di coerenza un sistema che, per contro, esonera dalla procedura concorsuale ordinaria i gestori di servizi pubblici essenziali che non raggiungono le soglie dimensionali necessarie per accedere a quella di amministrazione straordinaria."

Questo quadro che pare ormai stabilizzato ha avuto però in tempi recentissimi un'ulteriore pennellata che impone un approfondimento della fattispecie.

Giova infatti chiarire che la SGP è una società c.d. *in house* e quindi appartenente al quel genere di figure che, pur essendo di stampo eminentemente giurisprudenziale, hanno trovato riscontro anche nella legislazione statale e, in particolare, nell'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come modificato, che consente esplicitamente l'affidamento di servizi pubblici a *"soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"*. Che tali caratteristiche siano riscontrabili nella fattispecie non è in dubbio alla luce dell'oggetto sociale come sopra riportato e dell'ulteriore clausola relativa alle *"Decisioni del socio unico"* (art. 8), e cioè del Comune di Sassuolo, secondo la quale sono di competenza del medesimo decisioni anche operative normalmente spettanti agli organi sociali nonché la nomina e la revoca dell'amministratore unico.

Ciò premesso, deve essere valutata l'incidenza della sentenza n. 26283 del 25/11/2013 che, riconoscendo la giurisdizione della Corte dei Conti sulle società *in house*, ha posto l'accento sulla sostanziale differenza rispetto ad alle altre società in mano pubblica tra la relazione tra le stesse e l'ente o gli enti pubblici che le partecipano sia sotto il profilo dell'incidenza dell'eterodirezione della società da parte dei medesimi, stante il vero e proprio rapporto gerarchico degli amministratori della prima rispetto ai secondi, sia *"nell'impossibilità di individuare nella società un centro di interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale esso opera"* così che *"Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva"*. Ugualmente netta è la posizione della Corte in ordine al rapporto tra patrimonio dell'ente pubblico e patrimonio della partecipata in quanto si evidenzia che *"se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra patrimonio dell'ente si può porre in termini di separazione patrimoniale ma non di distinta titolarità"*.

Se la conclusione alla quale portano le esposte motivazioni non può che essere quella della responsabilità erariale degli amministratori della società *in house* in quanto *"preposti ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione"* e quindi *"personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio"* resta da valutare se detta conclusione fondata su di una sostanziale coincidenza soggettiva tra ente pubblico e società *in house* valga anche ad escludere sotto ogni altro profilo l'applicazione delle norme codicistiche a tale specie di società e, in particolare, l'applicazione della disciplina concorsuale per essere tali enti da considerarsi sottoposti a tutti gli effetti alla disciplina propria degli enti pubblici.

Il dubbio si pone, nonostante l'apparente carattere *tranchante* della richiamata motivazione, in quanto non può non essere notato il silenzio mantenuto dal giudice di legittimità in ordine alla specifica questione dell'assoggettabilità delle società *in house* al fallimento sia in occasione della sentenza n. 22209 del 27 settembre 2013 sia in quella delle SS.UU. benchè la problematica fosse senz'altro ben presente alla Corte in entrambe le circostanze con conseguente possibilità di inserire un *obiter dictum* che avrebbe quantomeno indirizzato la discussione.

Pur dando per nota la ritrosia della Corte dall'uscire dallo stretto sentiero dell'esame dei motivi di ricorso è lecito anche sospettare che se ciò non è avvenuto a poca distanza temporale della ferma enunciazione dell'opposto principio della generale fallibilità delle società partecipate da enti pubblici operata con la sentenza n. 22209/2013 è perché la questione non può essere ancora data per pacifica nonostante i principi enunciati dalle Sezioni Unite sembrino far concludere per un diverso statuto delle società *in house* in crisi economica e finanziaria.

In realtà ritiene il Collegio che a far propendere per l'opportunità, in difetto di una diversa qualificazione operata legislativamente, di mantenere fermo il principio generale dell'assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria iscrivendosi all'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica è lo stesso iter logico seguito dalla Sezioni Unite per giustificare l'apparente mutamento della giurisprudenza in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori.

La Corte ha infatti evidenziato come la normativa in tema di società partecipate da enti pubblici abbia assunto un *"carattere frammentario"* e *"frutto di esigenze contingenti"* che impediscono alla stessa di *"assumere una valenza sistematica, che vada oltre il dettato delle singole disposizioni, onde parrebbe quanto mai azzardato di voler trarre da essa argomenti di carattere generale, tali da incidere su principi giuridici"* su cui si basa la giurisprudenza della Corte stessa e questo perché la disciplina speciale dettata per le cosiddette società pubbliche *"non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema concluso ed a sé stante,*

ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale sia pure con ampio ambito di applicazione".

Se così è, può allora sostenersi che anche la decisione della Corte in tema di giurisdizione sull'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società *in house* abbia valenza per così dire settoriale, avendo considerato le caratteristiche peculiari di tali società non sotto un profilo generale attinente alla loro natura ma con riferimento a quegli aspetti che attengono al rapporto tra eterodirezione e autonomia degli amministratori, da un lato, e tra destinazione del patrimonio della società e finalità perseguite dall'ente partecipante dall'altro, al limitato fine di individuare elementi per un criterio di ripartizione della giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori focalizzato sull'incidenza dell'ente partecipante sulla gestione del patrimonio di quello partecipato, così pervenendo a qualificare un grado di dipendenza degli amministratori del secondo equiparabile a quella dei dirigenti dei servizi erogati dal primo e parimenti il danno procurato al patrimonio del secondo come incidente direttamente sul patrimonio del primo. Ma la dipendenza sostanzialmente organica degli amministratori da cui consegue una pressochè totale e diretta disponibilità della società da parte dell'amministrazione quasi fosse una sua emanazione funzionale non comporta, per quanto concerne la soggezione alla normativa civilistica, un annullamento completo dell'alterità giuridica della società anche per qualunque altro profilo che non attenga al rapporto tra partecipante e partecipato, pena, tra l'altro, l'accettazione della conseguenza per cui coloro che hanno avuto rapporti con la stessa fidandosi sulla sua apparenza giuridica conseguente ad una precisa scelta dello stesso ente pubblico partecipante si troverebbero ad avere di fronte, al momento di far valere la garanzia sul patrimonio, un soggetto completamente diverso ed un complesso di beni per la cui aggressione sarebbero applicabili regole radicalmente difformi da quelle vigenti per le altre società iscritte.

Se dunque con tutte le limitazioni conseguenti alla particolare disciplina che subentra per specifici effetti la società anche *in house* non è una mera finzione ma esiste con le sue caratteristiche sostanziali non c'è ragione di non applicare alla stessa, in caso di crisi, la normativa concorsuale e quindi, nella fattispecie, quella dettata dagli artt. 160 e seguenti l.fall., tenuto anche presente che, non essendo nella fattispecie la SGP incaricata della gestione di servizi pubblici essenziali, esplicitamente esclusa dallo Statuto, ma essendo i medesimi necessariamente affidati a terzi, non si pone il problema relativo alla loro eventuale interruzione.

Si pone invece il rilevante problema derivante dalla circostanza che, utilizzando l'opportunità concessa dal citato art. 113 d.lgs. n. 267/2000 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), nel patrimonio della società sono stati conferiti gli impianti necessari per l'erogazione dei servizi; tuttavia si ritiene che tale situazione rilevi in relazione ai limiti e alle modalità dell'eventuale liquidazione ma non influisca sulla natura della società, e quindi sull'ammissibilità della domanda, essendo stato lo stesso legislatore a consentire da un lato il conferimento delle reti e dall'altro a prevedere che ciò avvenga in favore di enti costituiti in forma societaria, senza per questo escluderli, esplicitamente o dettando norme incompatibili, dal novero dei soggetti assoggettabili alle comuni procedure di crisi.

Tanto osservato e vista l'istanza di fissazione del termine per il deposito del piano, della proposta e della documentazione di cui all'art. 161, c. 2 e 3, l. fall.;

rilevato che:

sono stati depositati i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e la documentazione comprovante la legittimazione del sottoscrittore del ricorso e l'avvenuta autorizzazione alla presentazione;

è stata ritualmente richiesta la pubblicazione del ricorso da parte della Cancelleria;

ritenuto che:

sussiste la competenza del Tribunale di Modena in considerazione dell'ubicazione della sede della ricorrente;

non sussiste la causa ostativa di cui al c. 9 dell'art. 161 citato;

può essere concesso un termine superiore al minimo in quanto la ricorrente ha fornito indicazioni sufficienti in ordine alle prospettive e alla necessità di avere un margine di tempo adeguato;
la peculiarità della procedura induce alla nomina del commissario giudiziale.

P.Q.M.

Assegna alla ricorrente il termine di giorni centoventi dalla comunicazione del presente provvedimento per la presentazione del piano, della proposta e della documentazione di cui all'art. 161, c. 2 e 3, l. fall.;

dispone che, al fine dell'adempimento degli obblighi informativi di cui al citato art. 161 la ricorrente depositi mensilmente a partire dal 15 febbraio 2014 e fino alla scadenza del termine come sopra fissato o comunque fino alla data di presentazione dei documenti di cui sopra, una relazione in merito alla attività eventualmente svolta con particolare riferimento a eventuali debiti contratti e pagamenti effettuati, una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata all'ultimo giorno del mese precedente nonché alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano.

Nomina quale commissario giudiziale l'Avv. Sido Bonfatti e dispone che la ricorrente versi a mani del medesimo a titolo di fondo spese la somma di € 5.000,00 entro il termine di giorni dieci dalla comunicazione del decreto.

Dispone la comunicazione del presente decreto a cura della Cancelleria.

Modena, 9 gennaio 2013

Il Presidente rel. est.

Vittorio Zanichelli



IL CASO.it

