



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI NOCERA INFERIORE
- I SEZIONE CIVILE -

riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

dr. C. MARANO	Presidente
dr. G. DANISE	Giudice
dr. M. FUCITO	Giudice est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

su ricorso per la dichiarazione di fallimento, iscritto al n. 125 (+178) 2013 Registro Generale Pre-fallimentare, promosso

da
[REDACTED], in persona del l.r.p.t., c.f. 12563230155, come in atti rapp.ta e difesa;

- ricorrente creditore -

nonché

Multiservice s.r.l. in liquidazione, c.f. 03987190653, con sede legale in Pagani, presso la Casa Comunale, in persona dei commissari liquidatori, dott. Stefano Vignone e ing. Luigi Giampaolino, rapp.ta e difesa, in ragione di atto autorizzatorio della Commissione Straordinaria del 29.10.2013 n. 34071, dall'avv. Giuseppe Serretiello;

- ricorrente in auto fallimento -

RAGIONI DI FATTO E MOTIVI DIRITTO

1. Sciolta la riserva di cui al verbale di udienza del 15.11.2013, il contraddittorio risulta regolarmente instaurato con ricorso di fallimento ritualmente notificato al l.r.p.t. e resistente costituita e, a sua volta, istante in auto fallimento.

2. L'esame del ricorso di fallimento e della documentazione versata in atti porta poi a ritenere sussistenti sia il requisito della assoggettabilità alle disposizioni sul fallimento, sia il requisito oggettivo dello stato di insolvenza della società resistente, ai sensi degli artt. 1 e 5 della legge fallimentare.

La qualità di imprenditore commerciale privato assoggettabile alle disposizioni sul fallimento del soggetto resistente deve ritenersi sussistente atteso che la società svolge

attività economica nel settore dell'erogazione di servizi pubblici per affidamento pubblico del Comune di Pagani.

Vi è da osservare che questo tribunale non ritiene di doversi discostare dalla recente pronuncia del giudice di legittimità, Cass. 22209/13, con la quale è stata affermata la fallibilità delle società di capitali interamente partecipate da capitale pubblico, con una motivazione che è pienamente condivisibile e che risponde in maniera definitiva alle critiche pure sollevate in argomento, nonché ad alcune pronunce di senso difforme dei tribunali di merito (tra cui Trib. Palermo, 8 gennaio 2013).

Tali società bene possono essere, infatti, considerate imprenditori commerciali e pertanto soggettivamente fallibili, trattandosi a tutti gli effetti di società di capitali che svolgono attività privatistiche, per le quali non vi è traccia di esenzione dal fallimento in alcun dato normativo.

A tale conclusione si perviene applicando i principi giuridici consolidati in materia di nozione di ente pubblico non fallibile, art. 2221 c.c., e la disciplina di diritto positivo, anche di derivazione comunitaria, che ha privatizzato nel corso degli ultimi trent'anni la gestione di quelle attività che, seppure caratterizzate da un interesse pubblico, si caratterizzano dal punto di vista dell'attività concretamente svolta per realizzare un'attività materiale di erogazione di servizi.

Dal punto di vista storico, le attuali società c.d. *in house* costituiscono l'evoluzione, segnatamente ai profili di organizzazione dell'azione amministrativa, della disciplina degli enti pubblici economici, ossia di quegli enti ai quali, con diverse soluzioni giuridiche, si dava vita per consentire la gestione e l'erogazione di taluni servizi pubblici in affiancamento, secondo lo schema talvolta dell'organo strumentale, talvolta della delegazione organica, all'ente pubblico non economico, statale o locale.

Se all'inizio, nel periodo post-unitario, tanto avveniva con le aziende speciali ed autonome, la necessità di assicurare loro un'autonomia giuridica, patrimoniale e contabile determinò dapprima la nascita degli enti pubblici economici e successivamente si pervenne alla loro trasformazione in società di capitali, nel tentativo di recuperare logiche di efficienza imprenditoriale per l'esercizio di attività oggettivamente prive di rilievi direttamente pubblicistici, perché estrinsecantesi in atti materiali e non autoritativi.

Esemplificativo è l'esempio dell'Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato, istituita con la legge 7 luglio 1907, n. 429, trasformata con legge 17 maggio 1985, n. 210, diventata poi società per azioni con delibera CIPE del 1992, per poi

giungere, mediante lo scorporo tra rete e gestore alla attuale distinzione tra RFI S.p.A. e Trenitalia S.p.A. (ma forse ancora meglio rende l'iter dell'I.R.I., costituito con r.d.l. 5/1933, divenuto ente finanziario di diritto pubblico con r.d.l. 905/1937, trasformato in società per azioni con d.l. 333/1992).

Questo percorso è stato finalizzato al recupero di logiche aziendalistiche per attività pubbliche solo nel fine, ma non nella loro natura, nonché dalla necessità di ottemperare alle direttive comunitarie in tema di concorrenza e tutela del mercato.

Ed infatti, segnatamente al profilo normativo generale nazionale, l'evoluzione si è articolata dapprima con la legge c.d. sul parastato, l. n. 70/1975, con la quale il legislatore ha dettato criteri positivi e tassativi per l'individuazione e la classificazione degli enti pubblici, stabilendo che l'istituzione o il riconoscimento degli stessi può avvenire solo tramite legge (riducendo così drasticamente il ricorso alla creazione di enti determinativi di deficit pubblici), successivamente con le privatizzazioni del 1992, d.l. n. 386/1991, convertito dalla l. n. 35/1992, e il d.l. n. 333/1992, convertito dalla l. n. 359/1992, con le quali gli enti pubblici economici sono stati trasformati in società per azioni, privatizzazione formale, ed è stata prevista una successiva cessione del pacchetto azionario dall'azionista pubblico ai privati, privatizzazione sostanziale (raggiungendo il risultato contabile di trasferire il peso del debito dallo stato ai singoli enti-società di capitali, oramai privatistici a tutto tondo).

Mentre per il profilo di derivazione comunitaria è sufficiente ricordare gli articoli 107 TFUE, per il divieto degli aiuti di Stato, e 106 TFUE, per l'applicazione delle regole di concorrenza anche alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, oltre alle varie direttive esistenti per ciascun tipo di servizio (es., per la rete ferroviaria, 91/440/CEE).

Tutto questo per dire: che le attività naturalmente private devono seguire il regime privatistico non solo nella sostanza, ma anche nella forma e che, se è storia recente, il punto di arrivo alla privatizzazione anche della veste giuridica, non si è mai dubitato in epoca repubblicana che i predetti enti pubblici economici di regime privatistico, ad esempio, nella gestione dei rapporti di lavoro fossero vincolati agli artt. 2096 e ss. cod. civ. e non alla disciplina del pubblico impiego, seppure privatizzato, al pari di qualsiasi altro lavoratore privato (ex plurimis, Cass., s.u. 379/1999 e 615/1999); non dubitandosi giammai della natura privatistica dell'attività svolta da tali enti.

L'unica vera eccezione di cui godevano rispetto al c.d. statuto dell'imprenditore, tali enti pubblici economici a regime privato, e ne godono ancora per la parte in cui

ancora permangono nell'ordinamento giuridico, è l'esonero dal fallimento, art. 2221 c.c., e la sottoposizione a regimi alternativi di liquidazione in caso di dissesto, tra cui la legge 4 dicembre 1956, n. 1404.

Ebbene, tale esenzione non ha ragione, per quanto detto sopra, di essere estesa a società di capitali a capitale interamente pubblico, non trovandosi norme nell'ordinamento idonee ad affermare tale esclusione, né giovano a sostegno taluni tradizionali argomenti dedotti per negarne la fallibilità.

Infatti, siamo dinanzi a soggetti che svolgono attività di diritto privato, erogano servizi, con una veste giuridica propria dell'imprenditore commerciale. Sono soggetti che in quanto tali sono sottoposti alla normale attività di vigilanza dei soci e dei creditori per l'operato degli organi di gestione e di controllo. In caso di fallimento, tali poteri saranno posti in essere dalla curatela nell'interesse della massa e potranno eventualmente essere perseguite quelle condotte di dissipamento del patrimonio aziendale lesive dei terzi creditori.

La funzione di controllo privatistica, infatti, è stata tradizionalmente uno degli argomenti più sostenuti in dottrina per motivare la necessità della privatizzazione formale e sostanziale degli enti pubblici economici, al fine di rendere finalmente efficaci ed efficienti i servizi resi.

Né vale ad intaccare quanto detto la codificazione della nozione di "organismo di diritto pubblico", art. 3, comma 26, del d. lgs. n. 163/06, nozione di derivazione, anch'essa, comunitaria e, prima della positivizzazione, già nota ai giudici amministrativi.

Tale nozione, infatti, altra funzione non assolve che estendere ad organismi formalmente privati la disciplina dell'evidenza pubblica prevista nella contrattazione pubblica, disciplina rigorosa dettata a tutela del mercato e della concorrenza, e quindi per affermare la rilevanza del *modus agendi* privatistico (non per escluderla), anche per quei soggetti che indirettamente, c.d. controllo analogo, sono emanazione di enti pubblici, al fine di evitare che la veste privata diventi uno strumento di aggiramento della complessa disciplina volta a riformare, nel senso della privatizzazione, l'azione amministrativa in materie non connotate dall'autoritatività.

Ancor di meno, rileva la sottoposizione dell'attività gestionale delle società in house alla giurisdizione erariale della Corte dei Conti, che l'organo *de quo* estende a tutti quei soggetti che indirettamente o direttamente, secondo un criterio oggettivo, dato dalla natura pubblica del denaro utilizzato, e non soggettivo, la forma giuridica

dell'ente, sono chiamati ad utilizzare soldi pubblici per pari fini, secondo un principio pacifico, inaugurato dal Giudice delle leggi, Corte Cost. 28 dicembre 1993, 466, in Foro It., 1994, III, pag. 73, che affermava l'irrelevanza della trasformazione di un ente pubblico economico in società di capitali, fin tanto che permane un apporto finanziario dello stato.

Il controllo contabile, infatti, mira ad accertare il danno erariale, mentre le attività di controllo societario di natura privatistica, anche di tipo risarcitorio, (azioni di responsabilità), mirano ad accertare e perseguire i danni commessi verso i terzi da parte degli organi di controllo e di gestione, che altrimenti non sarebbero perseguiti, senza contare le fattispecie di natura penale in materia di bancarotta.

Ebbene, non v'è chi possa negare che tali poteri controllo, seppure nella sede patologica e terminale della società di capitali a mano pubblica, costituiscano la chiusura del cerchio del processo di privatizzazione formale e sostanziale, nonché del tentativo del legislatore di trattare alla pari tutti gli altri soggetti del mercato. Chiusura del cerchio che si negherebbe, ribaltando tutta la recente legislazione in materia, là dove si desse la stura ad interpretazioni analogiche *contra legem* della nozione di ente pubblico, estendendola agli imprenditori commerciali *in house*, nozione storicamente intesa, invece, nel senso soggettivo e formale di cui all'art. 2221 c.c..

Resta da replicare ad un'ultima obiezione tradizionale, espressa da coloro che ritengono la non fallibilità delle società *in house*, circa la rilevanza pubblica dell'attività privata esercitata, costituita dall'impossibilità di modellare l'esercizio provvisorio previsto nella legge fallimentare a quello necessario in caso di fallimento della società a mani pubblica, per consentire l'erogazione del servizio. Si sostiene, sul punto, che mentre l'esercizio provvisorio di cui all'art. 104 l.f. è svolto nell'interesse della massa, nel caso dell'esercizio provvisorio essa sarebbe nell'interesse degli amministratori e risponderebbe a logiche e presupposti diversi.

L'obiezione cade in due errori: 1) confonde sul piano sistematico i piani effettuali della dichiarazione di fallimento con i presupposti; 2) utilizza un istituto eventuale, posto nell'interesse della massa, l'esercizio provvisorio, per affermare che la dichiarazione di fallimento escluderebbe la salvaguardia dell'interesse pubblico.

Infatti, la sospensione di un servizio pubblico è fatto senz'altro rilevante sul piano pubblicistico, ma rileva e deve trovare la sua soluzione migliore nelle sedi preposte, ossia l'ente politico di riferimento, ma non può divenire fattore ostativo alla declaratoria di fallimento di un soggetto privato imprenditore e decotto, il quale ha

male gestito soldi, tra l'altro pubblici, e che è causa, con la propria condotta, del disagio per gli utenti.

L'ente di riferimento bene potrà agire in revoca verso la società fallita, se ritenuto, dell'affidamento, per procedere a nuova gara successiva oppure, in caso contrario, e se proficuo per la migliore liquidazione del complesso aziendale, il tribunale potrà disporre l'esercizio provvisorio. Ed è chiaro che tale esercizio provvisorio non potrà che avvenire secondo logiche aziendalistiche, le medesime che avrebbero dovuto guidare gli organi di gestione della società *in house*.

3.1. In riferimento alla prova dell'insolvenza, è giurisprudenza consolidata che la decozione sia da considerarsi come lo stato di impotenza economica e finanziaria non transitoria dell'imprenditore, (Cass. civ. S.U. 01/115) che lo rende incapace di far fronte con regolarità ai costi correnti dell'attività di impresa. All'affermazione dell'insolvenza si può pervenire valutando l'insieme degli indizi e delle prove dedotti dal ricorrente, o acquisibili d'ufficio ai sensi dell'art. 15, co. 4, l.f., nei limiti dei fatti allegati dalle parti (Cass. civ. 17281/2010 e 13086/2010), e possono consistere in un mancato pagamento, oppure in plurimi inadempimenti, oppure in indizi diversi quali l'irreperibilità del debitore, la chiusura improvvisa delle sedi operative, la distrazione del patrimonio aziendale.

3.2. Nel caso di specie, l'insolvenza è manifesta in ragione dall'entità della debitoria risultante dagli atti di causa, superiore a venti milioni di euro, a fronte di attività liquidabili per circa 16 milioni di euro, non potendosi computare in questa sede la rete idrica, conferita al patrimonio della società dall'ente, ma inalienabile. Ragione per cui la società in liquidazione non è capiente rispetto all'esposizione passiva complessiva.

4. Gli elementi quantitativi e qualitativi indicati nel loro insieme, (Cass. civ., 9253/2012) portano a ritenere la sussistenza della incapacità patrimoniale (oltre che finanziaria) della resistente di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni in modo non transitorio, onde va dichiarato il suo fallimento.

P.Q.M.

Il Tribunale, nella composizione sopra indicata
dichiara il fallimento di

- **Multiservice s.r.l. in liquidazione**, c.f. 03987190653, con sede legale in Pagani, presso la Casa Comunale, in persona dei commissari liquidatori, dott. Stefano Vignone e ing. Luigi Giampaolino;

ordina

- che i curatori procedano, secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, all'immediata apposizione dei sigilli su tutti i beni mobili che si trovino presso la sede principale dell'impresa nonché su tutti gli altri beni dei falliti, ovunque essi si trovino, a norma dell'art. 84 della legge fallimentare;

- nomina giudice delegato alla procedura il dott. Mario Fucito

- curatori avv. ██████████, con studio in _____, alla via

_____,
avv. ██████████, con studio in _____, alla via

_____, dott. ██████████, con studio in

_____, alla via _____;

ordina

al legale rappresentante della società fallita di depositare entro tre giorni i bilanci e le scritture contabili e fiscali obbligatorie dell'impresa, nonché l'elenco dei creditori;

fissa

il giorno 13 maggio 2014, ore 10.00, presso l'aula di udienza del giudice delegato, per l'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo;

assegna

ai creditori ed ai terzi che vantino diritti reali o personali su cose in possesso dei falliti il termine perentorio del trentesimo giorno anteriore alla data sopra fissata per l'esame dello stato passivo per la comunicazione a mezzo p.e.c. al curatore nominato delle proprie istanze di insinuazione al passivo, con documentazione idonea a comprovare le proprie ragioni.

Così deciso in Nocera Inferiore, in data 21.11.2013

Il giudice est.

Il Presidente