

Dichiarazione di fallimento

Tribunale di S. Maria Capua Vetere, Sez. fall., decr., 9 gennaio 2009 - Pres. Di Nosse - Rel. D'Angiolella - C.T.P. Petroli S.r.l. c. ACSA S.p.a.

Fallimento - Dichiarazione - Soggetti - Società a partecipazione pubblica - Esclusione

(legge fallimentare art. 1)

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, primo 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 degli 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).

Il Tribunale (omissis).

Si osserva che la fallenda ACSA CE/3 S.p.a. risulta essere stata sciolta con decreto del 24 luglio 2008 emesso dal Gestore Unico di Bacino delle Province di Napoli e Caserta, istituito con il decreto legge n. 90 del 23 maggio 2008 convertito nella legge 14 luglio 2008 n. 123. L'art. 11, comma 8 di tale legge prevede che «nelle more della costituzione delle società provinciali di cui all'art. 20 della legge regionale Campania 28 marzo 2008, n. 4, modificato dall'art. 1 della legge regione Campania 14 aprile 2008 n. 4, i consorzi di bacino delle Province di Napoli e Caserta, istituiti con legge della regione Campania 10 febbraio 1993, n. 10, sono sciolti e riuniti in un unico consorzio, la cui gestione è affidata ad un soggetto da individuare con successivo provvedimento del Sottosegretario di Stato».

Il suddetto decreto, in applicazione della norma di legge appena citata, ha disposto la scioglimento del Consorzio CE3 prevedendo «che le attività e le competenze attribuite ai disciolti consorzi continuano ad essere esercitate dal consorzio unico per il tramite dei responsabili, individuati ai sensi dell'art. 8, comma 4, dell'ordinanza n. 3686/2008 come modificata dall'ordinanza n. 3693/2008, ciascuno nell'ambito delle competenze territoriali dei disciolti Consorzi» e conferendo al prefetto dott. D.B. (nominato responsabile dell'articolazione territoriale CE/3) tutti i «poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione... al fine di garantire la continuità nelle attività e nella gestione operativa ed amministrativa attribuite al soppresso consorzio» (vedi allegato 1 - foliaro produzione resistente). Con successivo decreto dell'8 agosto 2008 rep. n. 13 sempre del gestore del consorzio Unico di Bacino delle province di Napoli e Caserta «i responsabili delle articolazioni territoriali sono (stati) autorizzati a stare in giudizio per l'articolazione territoriale che rappresentano...» (vedi copia del decreto depositato all'udienza del 12 dicembre 2008).

Ciò posto, si osserva che, anche di fronte all'avvenuto

scioglimento *ex lege* delle società ACSA e alla loro riunione nel Consorzio unico di Bacino, questo Tribunale è chiamato a valutare l'assoggettabilità alla normativa fallimentare non del nuovo consorzio unico costituito dalla legge sopra citata, bensì della disciolta ACSA CE/3 S.p.a. Posto, infatti, che lo scioglimento dei Consorzi di bacino costituiti in forma societaria e la successiva riunione nel Consorzio unico ha dato vita, a parere di questo Tribunale, ad un fenomeno di fusione di società per unione con costituzione di un diverso soggetto giuridico, l'estinzione della società sciolta *ex lege* non impedisce l'applicazione dell'art. 10 l.fall. che consente di dichiarare il fallimento della società entro l'anno dalla sua estinzione (nel caso di specie avvenuto *ex lege* per fusione) quando lo stato d'insolvenza si sia verificato - come prospettato dalla ricorrente - anteriormente al suddetto evento estintivo (in tal senso Cass., Sez. 1, sentenza n. 26258 del 2 dicembre 2005; Cass., Sez. 1, sentenza n. 6925 del 24 luglio 1997). Ciò posto, ritiene questo Tribunale di condividere quanto sostenuto dalla difesa della resistente circa la non assoggettabilità alla normativa fallimentare della ACSA CE/3 S.p.a. in ragione della sua natura pubblicistica. Invero, in ordine alla natura delle società di servizi a partecipazione pubblica (qual è nella specie l'ACSA CE/3 S.p.a.) si registra una evoluzione giurisprudenziale che ha portato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali e dell'attività di tali società a discapito degli aspetti formali e della veste giuridica assunta dalle stesse.

Al fine di esporre i passaggi salienti di tale evoluzione giurisprudenziale, occorre partire dal disposto di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 165/01 a norma del quale per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di com-

mercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo del 30 luglio 1999, n. 300.

La norma appena citata comprende, invero, un'elencazione di una serie di figure previste dal sistema nell'ambito della quale si fa un generico riferimento, tra l'altro a «tutti gli enti pubblici economici» la cui individuazione dovrebbe essere effettuata dall'ordinamento positivo. Il problema dell'individuazione dell'ente pubblico da parte dell'interprete non dovrebbe, quindi, sorgere nell'ipotesi in cui sia l'ordinamento di diritto positivo ad affermare espressamente la natura giuridica di un soggetto. Tuttavia, la Corte Costituzionale con la decisione del 28 dicembre 1993, n. 466 ha ritenuto che il controllo della Corte dei Conti sugli enti sovvenzionati ordinariamente dallo Stato, nei quali, cioè, quest'ultimo conserva una partecipazione esclusiva o maggioritaria al capitale azionario (art. 12, L. 21 febbraio 1958, n. 259), permanga anche dopo la privatizzazione formale degli enti pubblici, cioè dopo la mera trasformazione in s.p.a. dei precedenti enti pubblici. È la stessa Corte a ricordare che «la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato sua sia andata di recente tanto in sede normativa che giurisprudenziale sempre più stemperando». L'argomento principale su cui ha fatto leva la Corte Costituzionale è costituito «dalla natura di diritto speciale» che va riconosciuta «a dette società e che viene a emergere dal complesso della disciplina adottata al fine di regolare il processo di «privatizzazione»: natura che risulta connotata [...] sia dalla costituzione che dalla struttura e dalla gestione delle nuove società e che viene a specificarsi attraverso la previsione di norme particolari - differenziate da quelle proprie del regime tipico delle società per azioni - sia in tema di determinazione del capitale sociale [...], sia in tema di esercizio dei diritti dell'azionista (spettanti al Ministro del tesoro, ma previa intesa con altri Ministri) [...], sia infine, in tema di patti sociali, poteri speciali, clausole di gradimento, modifiche statutarie, *quorum* deliberativi nelle assemblee, limiti al possesso di quote azionarie da parte dei terzi acquirenti [...]»; senza considerare «il vincolo esterno connesso al fatto che i ricavi derivanti dalla cessione dei cespiti da dismettere vanno destinati alla riduzione del debito pubblico [...]».

Le conclusioni a cui si perviene sono in linea con il concetto di impresa pubblica elaborato a livello comunitario, che prescinde dalla natura formale dell'ente. Infatti, la nozione di impresa pubblica si riscontra nella direttiva della Commissione europea n. 80/723/Cee del 25 giugno 1980 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche: l'art. 2 di tale direttiva stabilisce che per impresa pubblica si intende ogni impresa nei cui confronti i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante e che per poteri pubblici si devono intendere lo Stato e gli altri enti territoriali. Pertanto, elemento caratterizzante della nozione di impresa pubblica di derivazione comunitaria è l'influenza

dominante dei pubblici poteri; invece si prescinde dalla natura giuridica, pubblica o privata, dell'ente. Anche nella giurisprudenza nazionale sembra ormai essersi affermata una siffatta nozione di impresa pubblica. Infatti, in una recente pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato che l'ammissione della quotazione in borsa non cancella la qualità di impresa pubblica, dal momento che la nozione di impresa pubblica si fonda su requisiti di carattere sostanziale, come la detenzione della maggioranza del capitale societario da parte dell'ente o degli enti pubblici: ciò che conta è l'influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società (cfr. Cons. Stato n. 2922 del 27 maggio 2002).

Non diversamente la giurisprudenza comunitaria valuta la rilevanza pubblicistica di un ente prescindendo dalla sua natura formale, che può essere anche privatistica (cfr. Corte Giustizia Ce 16 ottobre 2003 e 15 maggio 2003). A tal proposito a livello comunitario si è elaborato il concetto di «organismo di diritto pubblico», che comprende anche enti formalmente privati.

In ogni modo, l'orientamento della prevalenza della sostanza sulla forma ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato è ormai consolidato nella giurisprudenza nazionale, amministrativa (cfr. C. Stato n. 4711/02; n. 1303/02; n. 2855/02; n. 3090/01; n. 1206/01; n. 588/00; n. 1948/00; 3/08 con riguardo alle ipotesi di *in house providing*) e civile (cfr. SS.UU. n. 24/99, 64/99; n. 9096/05).

In particolare, come rilevato dal Consiglio di Stato in recenti pronunce, ai fini dell'individuazione «della effettiva natura del soggetto... al di là della sua formale qualificazione come persona giuridica privata... rilevano 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, in particolare, della strumentalità della società rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche» (Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308).

La citata decisione n. 306/2008 è interessante in quanto contiene una esaustiva elencazione degli elementi che occorre analizzare al fine di «appurare se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di pubbliche funzioni, tale da sottrarre la (...) ad un inquadramento nella sfera del diritto privato...». Tra gli altri: quali siano gli atti (anche di diritto privato) con i quali l'ente pubblico ha posto vincoli funzionali di qualsivoglia natura all'attività del soggetto; quali siano, a qual titolo ed a quanto ammontino le erogazioni di capitale pubblico in qualunque modo e forma connesse all'attività gestionale dei soggetti; quali siano l'atto costitutivo, lo statuto, gli eventuali patti parasociali e gli atti di nomina degli amministratori e degli organi di revisione e controllo; se vi sia ingerenza, a qualunque titolo, anche indirettamente esercitata dall'ente pubblico nella gestione del soggetto; quali siano le partecipazioni finanziarie che l'ente pubblico detenga nel capitale di soggetti comunque quotati, anche per via indiretta, del soggetto in esame;

quali siano gli atti emanati dall'ente pubblico nell'esercizio dei diritti derivanti dalla partecipazione al capitale sociale;

quali siano e se vi siano atti che prevedano casi in cui l'autonomia funzionale degli organi societari sia a qualunque titolo, anche indirettamente, compresa mediante subordinazione a vincoli, intese, direttive e simili di organi pubblici.

Orbene nel caso di specie la società in oggetto deriva dalla trasformazione dei preesistenti consorzi di gestione dei servizi locali, ai sensi dell'art. 35 L. 448/01 ed il capitale sociale è a totale titolarità pubblica.

Lo statuto societario agli atti detta, inoltre, una disciplina contenente significative deviazioni da quella dello schema societario tipico. Invero, all'art. 4 dello Statuto si condiziona l'esercizio della facoltà di scioglimento anticipato della società alla preventiva «modifica» del contenuto della legge regionale istitutiva dei consorzi obbligatori intercomunali, ossia all'adozione di un atto di normazione da parte dell'ente Regione. L'art. 6, inoltre, introduce un divieto di alienazione delle azioni nella vigenza della normativa di cui alla l. regionale n. 10/93. L'art. 11 in tema di recesso, dettando una disciplina che ricalca nei contenuti quella codicistica, condiziona l'operatività della stessa alla previa modifica - che, come già detto implica un atto di normazione - della disciplina legislativa regionale già richiamata e delle successive normative intervenute in materia. Sono dunque ravvisabili nella fattispecie quelle consistenti limitazioni all'autonomia funzionale degli organi societari ovvero all'esercizio dei singoli diritti da parte dell'azionista e di ingerenza indiretta nell'attività del soggetto cui la giurisprudenza amministrativa dominante (cfr. sentenza n. 308/06, sopra richiamata nei contenuti) ancora il riconoscimento della natura pubblica del soggetto.

Inoltre, lo statuto impone una significativa limitazione funzionale - di tipo qualitativo e non meramente quantitativo - all'attività della società. L'art. 3, stabilisce, infatti che la società potrà svolgere le attività di natura commerciale ed industriale «connesse, necessarie o utili per la realizzazione delle attività che costituiscono l'oggetto sociale», solo in maniera non prevalente e comunque

statuto che depongono per la natura sostanzialmente pubblicistica della società, vanno evidenziati:

1) il fatto che prima dello scioglimento *ex lege* il consorzio di Bacino ACSA CE/3 era stato Commissariato per il mancato raggiungimento degli obiettivi normativamente imposti, con nomina di un Commissario straordinario nella persona del Presidente dell'amministrazione provinciale, Dott. S.D.F. (ordinanza del Commissario di Governo per l'Emergenza rifiuti in Campania del 14 novembre 2006: allegato n. 5 - foliario produzione resistente);

2) il fatto che nell'ordinanza del 20 luglio 2007 del Commissario delegato per l'emergenza dei rifiuti in Campania con la quale viene nominato quale commissario straordinario il Vice Prefetto dott. L.P., si dà atto che «la struttura Commissariale ha provveduto ad emanare i provvedimenti necessari finalizzati a fornire al Consorzio Ce/3 le occorrenti risorse finanziarie e dunque gli strumenti operativi idonei al raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata»;

Orbene, ritiene questo Tribunale, alla luce dei richiamati principi giurisprudenziali, che le consistenti (si pensi alla disciplina in tema di scioglimento della società o di recesso del singolo socio) limitazioni all'autonomia degli organi societari che derivano dall'introduzione di previsioni statutarie che ancorano l'operatività della disciplina societaria alla previa adozione di atti di normazione secondaria (di modifica della richiamata normativa regionale), il dato della esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, l'ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato (Commissario governativo per l'emergenza rifiuti in Campania) nonché l'erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata, conducano al riconoscimento della natura pubblica del soggetto resistente. Ne discende che in applicazione dell'art. 1, comma 1 della legge 267/42 («Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale esclusi gli enti pubblici»), l'ACSA CE/3 S.p.a. deve ritenersi non assoggettata alla normativa fallimentare.

Il ricorso va, quindi, rigettato.