



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE

SEZIONE FALLIMENTARE

riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei Sigg.ri magistrati:

1) Dr. Enrico Caria , Presidente;

2) Dr. Andrea Ferraiuolo , Giudice

3) Dr. Marcello Amura , Giudice relatore ed estensore

Con ricorso depositato il 15 ottobre 2010 da P. L. nonché con quello depositato il 07 dicembre 2010 da S. S., C. P., M. V., D. G. è stata formulata richiesta di declaratoria di

fallimento ai danni di S. S.p.A., in persona del l.r.p.t., con sede legale in C. alla via F. Pal. E.

All'esito della rituale notifica dell'atto introduttivo nonché del relativo deposito in termini, all'udienza del 11 marzo 2011 il ricorrente P. L. ha depositato atto di desistenza; i ricorrenti S. S., C. P., M. V., D. G. hanno, peraltro, depositato,

documentazione da cui emerge l'esistenza di titoli giudiziali passati in giudicato recanti la prova di crediti per complessivi euro 62.303,20

Le difese svolte sul punto dalla resistente non colgono nel segno alla luce della documentazione esibite dai ricorrenti ed in ogni caso coinvolgono solo alcuni dei numerosi titoli giudiziali esibiti.

Parte resistente, nel costituirsi, ha, tra l'altro, lamentato la non assoggettabilità al fallimento delle società a partecipazione pubblica in quanto concretamente

riconducibile alla nozione di enti pubblici di cui all'art.1 comma 1 della Legge Fallimentare; secondo la resistente la stessa *“non sarebbe una normale società commerciale, essendo stata costituita ai sensi dell'art.113 del TU Enti Locali, per la gestione di un servizio pubblico. La successiva revoca della concessione del servizio ha posto la società in una situazione di attesa, dovuta alla assoluta inerzia dei poteri pubblici (e dei suoi rappresentanti) al riguardo”*(cfr. pag. 1 della memoria depositata dalla resistente all'udienza del 25 marzo 2011).

Orbene occorre in via preliminare esaminare la natura della resistente e le vicende che hanno condotto alla sua formazione.

L'esame dello statuto della società resistente consente di individuare quello che possiamo ritenere essere l'oggetto sociale prevalente (cfr. pag. 1 dello statuto della società, prodotto da parte resistente), ovvero *“le attività di controllo e di verifica degli impianti termici, nonché l'accertamento delle violazioni di cui alla legge n°10/91 ed al DPR n°412/93 di competenza della Provincia di Caserta”*.

L'art.31 della Legge n.10/1991 espressamente prevede quanto segue:

1. *Durante l'esercizio degli impianti il proprietario, o per esso un terzo, che se ne assume la responsabilità, deve adottare misure necessarie per contenere i consumi di energia, entro i limiti di rendimento previsti dalla normativa vigente in materia.*

2. *Il proprietario, o per esso un terzo, che se ne assume la responsabilità, è tenuto a condurre gli impianti e a disporre tutte le operazioni di manutenzione ordinaria e straordinaria secondo le prescrizioni della vigente normativa UNI e CEI.*

3. I comuni con più di quarantamila abitanti e le province per la restante parte del territorio effettuano i controlli necessari e verificano con cadenza almeno biennale l'osservanza delle norme relative al rendimento di combustione, anche avvalendosi di organismi esterni aventi specifica competenza tecnica, con onere a carico degli utenti.

L'art.34 5° comma della medesima legge prevede, inoltre, che "Il proprietario o l'amministratore del condominio, o l'eventuale terzo che se ne è assunta la responsabilità, che non ottempera a quanto stabilito dall'articolo

31, commi 1 e 2, è punito con la sanzione amministrativa non inferiore a lire un milione e non superiore a lire cinque milioni. Nel caso in cui venga sottoscritto un contratto nullo ai sensi del comma 4 del medesimo articolo 31, le parti sono punite ognuna con la sanzione amministrativa pari a un terzo

dell'importo del contratto sottoscritto, fatta salva la nullità dello stesso".

Appare, pertanto, evidente che la società nasca con il precipuo intento di provvedere, quale organismo esterno avente specifica competenza tecnica, ad effettuare le verifiche funzionali al rispetto della normativa appena richiamata in tema di risparmio energetico e, nell'ambito di tale funzione, le viene concretamente riconosciuto il potere di provvedere alle "attività di controllo e di verifica degli impianti termici, nonché l'accertamento delle violazioni di cui alla legge n°10/91 ed al DPR n°412/93 di competenza della Provincia di Caserta".

A tale ultimo riguardo è interessante rilevare che il DPR 412/93, recante il regolamento attuativo della L.10 del 1991, oltre a contenere la normativa tecnica di dettaglio in tema di risparmio energetico, con l'allegato I, disciplina in maniera dettagliata le caratteristiche che debba necessariamente avere

l'organismo esterno incaricato delle verifiche a norma del richiamato art.31 L.

n.10 del 1991, ovvero:

1. L'organismo, il personale direttivo ed il personale incaricato di eseguire le operazioni di verifica non possono essere né il progettista, il fabbricante, il fornitore o l'installatore delle caldaie e degli apparecchi che controllano, né il mandatario di una di queste persone. Essi non possono intervenire né direttamente né in veste di mandatari nella progettazione, fabbricazione, commercializzazione o manutenzione di caldaie ed apparecchi per impianti di riscaldamento.

2. L'organismo, il personale direttivo ed il personale incaricato di eseguire le operazioni di verifica non possono essere fornitori di energia per impianti di riscaldamento, né il mandatario di una di queste persone.

3. L'organismo ed il personale incaricato devono eseguire le operazioni di verifica con la massima integrità professionale e competenza tecnica e non devono essere condizionati da pressioni ed incentivi, soprattutto di ordine finanziario, che possano influenzare il giudizio o i risultati del controllo, in particolare se provenienti da persone o gruppi di persone interessati ai risultati delle verifiche.

4. L'organismo deve disporre del personale e dei mezzi necessari per assolvere adeguatamente ai compiti tecnici ed amministrativi connessi con l'esecuzione delle verifiche; deve altresì avere a disposizione il materiale necessario per le verifiche straordinarie.

5. Il personale incaricato deve possedere i requisiti seguenti:

a) una buona formazione tecnica e professionale, almeno equivalente a quella necessaria per l'installazione e manutenzione delle tipologie di impianti da sottoporre a verifica;

b) una conoscenza soddisfacente delle norme relative ai controlli da effettuare ed una pratica sufficiente di tali controlli;

c) la competenza richiesta per redigere gli attestati, i verbali e le relazioni che costituiscono la prova materiale dei controlli effettuati.

6. Deve essere garantita l'indipendenza del personale incaricato delle verifiche. La remunerazione di ciascun agente non deve dipendere né dal numero delle verifiche effettuate né dai risultati di tali verifiche.

7. L'organismo deve sottoscrivere un'assicurazione di responsabilità civile, a meno che tale responsabilità non sia coperta dallo Stato in base alla legislazione vigente o si tratti di un organismo pubblico"

Ritornando all'esame dello Statuto della società resistente, si evidenzia che il capitale sociale è, inoltre, a necessaria prevalenza pubblica (cfr. art.6 dello statuto secondo cui "i soci enti pubblici dovranno detenere, in ogni caso, quota maggioritaria- almeno il 51%- di partecipazione al capitale sociale della Società"; cfr. altresì l'art.7 "le azioni sono liberamente trasferibili purchè i soci enti pubblici conservino comunque la maggioranza- 51%- del capitale sociale. Nel caso in cui le azioni vengano trasferite da soggetti privati ad enti pubblici, alla Provincia di Caserta spetta il diritto di prelazione sulle azioni oggetto di trasferimento"); l'art.13 dello Statuto, in tema di nomina e sostituzione dell'organo amministrativo prevede espressamente che "3 dei 5 membri del consiglio di amministrazione sono nominati dal Presidente della

Provincia di Caserta con proprio decreto ex art.2449 c.c., i rimanenti due dai soci privati”.

Dall'esame della normativa appena richiamata e disciplinante il settore in cui opera (“risparmio energetico”) la società resistente, emerge con tutta evidenza che non sussiste alcun obbligo per l'ente locale di procedere alla costituzione di una società a partecipazione prevalentemente o esclusivamente pubblica per l'esercizio della richiamata attività di controllo e di verifica degli impianti termici, nonché per l'accertamento delle violazioni di cui alla legge n°10/91 ed al DPR n°412/93 di competenza della Provincia; ed invero la disciplina richiamata contiene l'espressa possibilità, per l'ente locale titolare di tali attività, di avvalersi, sulla base di apposite convenzioni, di “organismi esterni” al fine del concreto espletamento della stessa, preoccupandosi unicamente, non già del diretto o indiretto controllo dell'organismo, bensì unicamente che lo stesso sia dotato dei necessari requisiti di professionalità ed indipendenza.

Questo Tribunale evidenzia che già in proprie precedenti pronunzie si è occupata della questione relativa alla fallibilità di società il cui capitale fosse nella esclusiva o prevalente titolarità di enti pubblici.

In tali occasioni si è affermata l'esistenza di 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.

La comune premessa da cui si è partiti è che la giurisprudenza di legittimità, chiamata a pronunciarsi su questioni attinenti la giurisdizione, ha in più occasioni puntualizzato come la società per azioni con partecipazione

pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'ente locale ne possieda, in tutto o in parte, le azioni (c.f.r. Cassazione Sez. U, Ordinanza n. 17287 del 31/07/2006 Sez. U, Sentenza n. 7799 del 15/04/2005). Il principio da ultimo espresso risulta anche ribadito dalla giurisprudenza amministrativa (c.f.r. Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sent.3 marzo 2008, n.1).

In ragione di ciò, secondo pacifico orientamento giurisprudenziale, il dato formale rappresentato dalla intestazione delle quote di una s.p.a. in capo a enti pubblici di per sé non costituisce aspetto che possa condurre a qualificare di per sé l'ente in questione come soggetto pubblico invece che ente privato.

Alla luce di tale principio, che va anche in tale sede riconfermato, non può in alcun modo considerarsi decisiva, ai fini della qualificabilità della S.

S.p.A. quale ente pubblico e della conseguente sottrazione della stessa alla assoggettabilità al fallimento ex art. 1 1° comma LF, la circostanza che sia statutariamente prevista la necessaria partecipazione dell'ente pubblico (Provincia di Caserta) al capitale sociale in misura non inferiore al 51%.

Questo Tribunale, nelle proprie precedenti pronunzie, ha, pertanto, sottolineato come i concreti elementi di valutazione ai fini della qualificazione di un ente come soggetto giuridico di diritto pubblico, sottratto alla declaratoria di fallimento, ovvero di diritto privato attengano prevalentemente all'analisi dell'aspetto gestionale nonché dell'attività dell'ente, piuttosto che all'aspetto formale della titolarità delle relative partecipazioni azionarie.

In sintesi, richiamandosi affermazioni della Corte di legittimità, se l'ente partecipato dalla mano pubblica si avvale degli strumenti previsti dal diritto

societario esso non può che esser ritenuto soggetto di natura privata (c.f.r .
Sez. U, Ordinanza n. 17287 del 31/07/2006 cit.).

In altre parole, la forme privatistiche di esercizio di impresa commerciale
possono comportare eventuali questioni di qualificazione in termini di
soggetto pubblico in capo all'ente partecipato da enti pubblici solo qualora
l'aspetto gestionale e di attività della società risultassero completamente
avulsi dalle regole e schemi del diritto commerciale, così da rappresentare la
società un mero organo, articolazione che si immedesima nel soggetto
pubblico che la partecipa.

Nelle predette pronunzie si è, pertanto, affermato che gli indici di valutazione
riguardanti sia l'aspetto gestionale che l'attività della società che gestisce il
servizio pubblico in favore dell'ente locale interamente partecipante
attengono, in sintesi, alla concorrenza dei seguenti dati specificamente
individuati dalla giurisprudenza:

- il soggetto affidatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in
favore dell'ente pubblico;

- l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende
precaro il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro,
dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società
ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il
territorio nazionale e all'estero;

- il consiglio di amministrazione della s.p.a. non abbia poteri gestionali di
rilievo e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli
che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;

- le decisioni di maggior rilievo devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (c.f.r in tal senso ex plurimis Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sent.3 marzo 2008, n.1).

Pur tralasciando le critiche mosse a tale opzione interpretativa (accusata di restringere eccessivamente l'ambito della fallibilità delle società a partecipazione pubblica), va in ogni caso evidenziato come anche in base al predetto criterio ermeneutico vada riconosciuta la fallibilità della attuale resistente.

E infatti, sebbene l'oggetto sociale prevalente della S. S.p.A. sia *"l'attività di controllo e di verifica degli impianti termici, nonché l'accertamento delle violazioni di cui alla legge n°10/91 ed al DPR n°412/93 di competenza della Provincia di Caserta"* e tale attività possa in qualche modo ricondursi alla nozione di servizio pubblico, vanno svolte le seguenti considerazioni:

1. l'oggetto sociale della S. s.p.a. prevede anche la possibilità di svolgere ulteriori attività che paiono fuoriuscire dalla rigorosa nozione di servizio pubblico, ciò avuto particolare riguardo alla *"verifica, studio e controllo delle dispersioni termiche e del fabbisogno energetico; progetti ed applicazioni dei sistemi energetici alternativi ed usi efficienti dell'energia"*; il medesimo art.4 dello Statuto prevede, inoltre, espressamente la possibilità che la società possa svolgere le suddette attività anche in favore di altri Enti (non necessariamente pubblici) a seguito di specifiche convenzioni, nonché la possibilità di stipulare accordi o convenzioni con enti e società aventi analogo oggetto sociale;

2. la normativa di settore prevede espressamente la possibilità di affidare l'esercizio dell'attività in oggetto ad "organismi esterni aventi specifica competenza tecnica"; ciò dimostra che trattasi di attività che, pur rispondendo ad esigenze di pubblico interesse, non è necessariamente destinata ad essere svolta da enti o società controllate dall'ente pubblico, ben potendo essere affidata a soggetti imprenditoriali totalmente controllati da privati, purchè rispettino le già evidenziate esigenze di imparzialità e competenza professionale; la scelta della società a prevalente partecipazione pubblica costituisce, pertanto, una opzione gestionale in alcun modo resa necessaria dagli interessi coinvolti;

3. anche avuto riguardo al profilo gestionale, il Tribunale rileva come lo stesso sia pienamente riferibile allo statuto della impresa commerciale di diritto comune; ed invero le norme statutarie in tema di nomina degli amministratori appaiono pienamente conformi alla disciplina codicistica (art.2449 c.c.); inoltre la facoltà di nomina degli amministratori da parte dell'ente pubblico socio non determina alcuna apprezzabile deviazione dalla disciplina privatistica delle società per azioni (in tal senso da ultimo Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2005, n.7799);

4. tutte le scelte gestionali compiute dalla società sono affidate all'organo amministrativo dell'ente, senza alcuna ingerenza diretta del socio-ente pubblico;

5. non sono previste forme "spurie" di partecipazione all'attività di gestione mediante apporto di danaro pubblico, essendo affidata la

economicità della gestione dell'attività all'accollo agli utenti degli oneri connessi alle attività di verifica e controllo (cfr. art.31 Legge n.10 del 1991 ove si parla di "organismi esterni aventi specifica competenza tecnica, con onere a carico degli utenti").

La soluzione della assoggettabilità della S. alla disciplina in tema di fallimento delle società trova conferma anche in una ottica non strettamente "tipologica", (come è stato definito il criterio ermeneutico testè analizzato),

bensi essenzialmente "funzionale"; ed invero secondo tale ultimo metodo interpretativo la ratio del divieto di cui all'art.1 comma 1° LF andrebbe riconosciuto nella incompatibilità della procedura fallimentare, con il suo carattere di esecuzione generale ed il cui fine è essenzialmente quello di tutelare le ragioni dei creditori, con il perseguimento dell'interesse pubblico

affidato alla società a partecipazione pubblica. Secondo tale tesi occorrerebbe verificare in concreto se trattasi di società a partecipazione pubblica "necessarie" o meno, identificandosi con il termine necessarie quelle società cui sia stata affidata la cura di servizi pubblici qualificabili come essenziali in quanto destinati a soddisfare bisogni primari della collettività (raccolta dei rifiuti, trasporto pubblico, servizio postale).

Orbene, pur affidando ai successivi rilievi i motivi di perplessità in ordine alla utilizzabilità di tale criterio ermeneutico, appare evidente che l'attività affidata alla S. S.p.A. non solo non possa ricondursi alla nozione di servizi pubblici essenziali nella nozione appena delineata, ma risulta, peraltro, di fatto cessata fin dal 2007, come espressamente riconosciuto dallo stesso amministratore nella udienza di comparizione 6 maggio 2007 e nelle proprie difese; appare, pertanto, evidente che la declaratoria di fallimento non

risulterebbe in alcun modo pregiudizievole per lo svolgimento di una attività che, seppur rispondente a finalità di interesse pubblico, appare oramai cessata da diversi anni in quanto affidata ad altro soggetto imprenditoriale.

Ciò detto, appare opportuno svolgere qualche breve riflessione critica in ordine alla utilizzabilità del metodo appena evidenziato; ed invero, come opportunamente evidenziato in dottrina, tale criterio rischia di confondere la Pubblica Amministrazione quale titolare del servizio pubblico con la Pubblica Amministrazione quale proprietaria del (o di parte del) capitale sociale del soggetto giuridico cui sia stata affidata esclusivamente la gestione del servizio stesso. Ed invero può ritenersi condivisibile l'opinione di chi evidenzia come la società gestore del servizio pubblico non sia il titolare del servizio, a differenza dell'ente pubblico, bensì il differente soggetto appositamente creato come modalità organizzativa (facoltativa e non necessitata) di gestione dello stesso.

Da tali considerazioni discende che il fallimento non determina alcuna intollerabile ingerenza dell'autorità giudiziaria nelle valutazioni, affidate unicamente all'ente pubblico, in ordine alle modalità di svolgimento dello stesso, atteso che a fronte di tale evenienza l'ente pubblico, socio della società a partecipazione pubblica cui sia stata affidata la gestione del servizio pubblico e che sia stata dichiarata fallita, ben potrà assumere, quale titolare del servizio pubblico, tutte le iniziative volte alla riorganizzazione del servizio stesso e ciò in completa autonomia.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, va escluso che la resistente S. S.p.A. sia sottratta alla disciplina in materia fallimentare a norma

dell'art. 1 1° comma LF in quanto non riconducibile alla nozione di ente pubblico ivi fissata.

Vanno, a tal punto, verificati gli ulteriori presupposti di fallibilità della società, avuto particolare riguardo ai requisiti dimensionali di cui all'art.1 2° comma LF.

A tal riguardo preme evidenziare che la resistente, all'atto della costituzione, ha depositato copia dei bilanci e delle note integrative per gli anni 2007-2008-2009.

All'esito di apposita sollecitazione proveniente dal Tribunale, la S. S.p.A. (cfr. dichiarazioni rese dal l.r.p.t. della stessa all'udienza del 6 maggio 2011) ha espressamente dichiarato che detti bilanci non sono stati mai sottoposti all'approvazione dell'assemblea dei soci, talché non può

riconoscersi alcuna specifica valenza probatoria; ad ogni buon conto da detti bilanci emerge finanche il superamento dei limiti dimensionali appena richiamati (cfr. risultanze relative all'attivo patrimoniale).

In ragione di quanto evidenziato deve affermarsi che la resistente non ha fornito alcun elemento idoneo a comprovare l'insussistenza dei presupposti di cui all'art.1 2° comma L.F. in ordine ai requisiti dimensionali dell'impresa; non ha fornito, inoltre, alcuna concreta prova in ordine alla propria solvibilità.

Deve, inoltre, considerarsi incontrovertibile la circostanza che i crediti azionati, seppur nella somma che può definirsi non contestata tra le parti, sono di entità superiore alla soglia fissata dall'art.15 9° comma L.F..

Va, pertanto, affermato lo stato di insolvenza della società S. S.p.A. in quanto, a fronte dei significativi crediti vantati dai ricorrenti, non ha dimostrato di possedere la liquidità necessaria per far fronte, con mezzi

normali, alle obbligazioni scadute, né ha provato di possedere beni prontamente liquidabili in modo da farvi fronte, si che deve ritenersi che la stessa versi in stato di insolvenza, non diverso, nella sua ontologica entità, dalla temporanea difficoltà.

Le considerazioni di cui sopra conducono alla declaratoria di fallimento della resistente.

P.Q.M.

visti gli artt. 1, 5, 6 e 16 del r.d. 16/3/1942, n. 267 dichiara il fallimento:

- della società S ██████ S.p.A., in persona del l.r.p.t., con sede legale in C ██████ alla via F ██████ Pal. ██████ in persona del l.r.p.t.;
- nomina Giudice Delegato il dott. M ██████ A ██████ Curatore (omissis)
- ordina alla fallita il deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori, entro tre giorni, se non ancora eseguito .
- ordina che il curatore proceda, 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 del fallito, ovunque essi si trovino, ai sensi dell'art. 84 L.F.;
- fissa l'adunanza per l'esame dello stato passivo il giorno 13 gennaio 2012 ore 9:00 davanti al Giudice Delegato ;
- assegna ai creditori ed ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito il termine perentorio di gg. 30 prima

dell'adunanza come sopra fissata per la presentazione in cancelleria

delle domande di insinuazione;

- dispone la comunicazione e la pubblicazione della presente sentenza ai sensi dell'art.17 L.F.

Così deciso in S.Maria C.V. , 24 maggio 2011

Il Giudice Delegato

Il Presidente

Il Cancelliere

III CASO.it