

# LaScala



STUDIO LEGALE  
*in association with*  
FIELD FISHER WATERHOUSE

Focus on

## IL FALLIMENTO DELLE SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Luglio 2013

[www.lascalaw.com](http://www.lascalaw.com)  
[www.iusletter.com](http://www.iusletter.com)

Milano Roma Torino Bologna Firenze Ancona Vicenza Padova Verona  
London Paris Hamburg Brussels Manchester Munich Dusseldorf

Il Team che si occupa di diritto fallimentare è stato chiamato, negli scorsi giorni, a rendere un parere con riguardo alla **assoggettabilità** o meno **al fallimento** delle **società** formalmente **private ma partecipate da enti pubblici**.

Si tratta di un tema che ha interessato, ed ancora oggi interessa, sia la dottrina che la giurisprudenza.

La dottrina maggioritaria, ma non più unanime, continua ad affermare l'assoggettabilità al fallimento di tali società, sostenendo che queste, per quanto partecipate dall'ente pubblico, non mutino la propria natura giuridica di diritto privato, rimanendo, come tali, fallibili ai sensi dell'art.1, primo comma, L.F.

Più di recente, l'assoggettamento delle società in mano pubblica al fallimento è stato affermato sulla base di diverse argomentazioni.

Ed infatti, anche trascurando il problema della natura pubblica o privata, si è sostenuto che *“l'esenzione dalle procedure concorsuali di tali società pregiudicherebbe sia l'interesse dei creditori, sia l'interesse pubblico, sia (potenzialmente) l'interesse della stessa società”* (in questo senso Trib. Napoli sez. VII – 31.10.12).

La sottrazione ai creditori del rimedio dell'esecuzione concorsuale e la possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi mediante il ricorso alla sola esecuzione individuale, lederebbe, infatti, i principi della par condicio creditorum, ritenuto principio cardine da applicare nei casi di soggetti insolventi.

Per lungo tempo, l'unico precedente giurisprudenziale è stato costituito da un principio esposto dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 158 del 10.01.1979, a tenore del quale *“una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di diritto privato – (omissis ...) – per il fatto che ad essa partecipano enti pubblici come azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato*

*garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio”.*

La Cassazione ha affermato, dunque, l'applicazione del regime privatistico ordinario, comprensivo dell'assoggettamento a procedure concorsuali, per una società concessionaria di un pubblico servizio ed al cui azionariato partecipavano soci pubblici.

Più di recente, invece, sono intervenute, in rapida successione, diverse decisioni di merito nelle quali la questione è stata affrontata e risolta in maniera del tutto differente.

Il primo provvedimento edito è quello del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere del 9.01.2009, che ha affermato la non assoggettabilità a fallimento delle società in mano pubblica (nella specie si trattava di una spa a totale partecipazione pubblica, titolare del servizio di raccolta differenziata in ambito provinciale). Similmente si sono espressi il Tribunale di Catania e quello di Nola.

A favore del fallimento, invece, si è espresso il Tribunale di Foggia, dove a portare i libri in Tribunale è stata proprio la società di rifiuti, e, nuovamente, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (sentenza del 24.05.2011), che è giunto, questa volta, a dichiarare il fallimento della società in mano pubblica.

Il Tribunale di Palermo nel 2010 aveva rigettato il Fallimento di una società di rifiuti del capoluogo siciliano (Amia Spa), decretandone il mero stato di insolvenza e quindi il commissariamento, ma riconoscendone la *“qualifica di imprenditore commerciale fallibile della convenuta”*.

Di recente, invece, proprio il Tribunale Fallimentare di Palermo, con Decreto datato 08 gennaio 2013, con riferimento alle società per azioni partecipate dal Comune ha modificato il proprio orientamento, rigettando l'istanza di fallimento presentata da Gesip Palermo Spa, e, dichiarando che *“la società non può fallire”*, allineandosi, così, al pronunciamento della Corte di Cassazione nel 2011 (SS.UU. n. 10068/2011) che aveva escluso la natura imprenditoriale di Gesip.

In particolare, secondo il Tribunale di Palermo, le società per azioni partecipate dal Comune, pur essendo istituite sotto forma di impresa di diritto privato, non possono fallire poiché sono mancanti del requisito oggettivo previsto dall'art. 1 della Legge Fallimentare, ossia perché non sono imprenditori commerciali. Allo stesso modo ne è escluso l'accesso all'amministrazione straordinaria ai sensi dell'art.2 Dlgs. 270/199.

La tesi dei Giudici Palermitani ha ottenuto molti consensi nell'ambiente giuridico, poiché sicuramente supera gli aspetti meramente formalistici della questione e mira a cogliere la sostanza del rapporto tra ente controllante e azienda.

Dovranno essere i Comuni (nel caso di società da questi partecipate), in base agli ultimi orientamenti giurisprudenziali, a doversi fare carico dei debiti delle società, senza possibilità per i creditori di tentare la strada del fallimento come strumento per soddisfare le proprie ragioni.

Nonostante quanto sopra detto, tuttavia, rimane il fatto che i creditori possono, comunque, agire diversamente per recuperare il "*quantum*" vantato.

Il creditore, infatti, può sottrarsi al rischio di insolvenza del debitore assicurandosi il soddisfacimento del proprio credito, attraverso le forme di tutela cd "*ordinarie*" offerte dal nostro ordinamento, e quindi, banalmente, ricorrendo allo strumento del D.I. e delle altre forme di tutela del credito.

Dopodiché, da non sottovalutare è il riferimento che il Tribunale di Palermo fa nel precedente già segnalato (Decreto 08 gennaio 2013), laddove precisa che può sussistere la responsabilità del socio che esercita l'attività di direzione e coordinamento. Infatti, ai sensi dell'art. 2497 c.c. "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità

quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario straordinario".

Tale norma, introdotta con la riforma del Diritto Societario (D.Lgs 17.01.03 n.6), mette in evidenza come il gruppo corrisponda essenzialmente ad un'unica impresa sotto il profilo economico e a più imprese dal punto di vista giuridico-formale, riconoscendo la possibilità di configurare la responsabilità della capogruppo indipendentemente dall'insolvenza della società soggetta a direzione.

Con particolare riferimento al caso di specie, dunque, l'improcedibilità del ricorso per la dichiarazione di fallimento comporterà una maggiore tutela per i terzi creditori che, per vedersi riconosciuti i propri diritti, non dovranno ricorrere al riconoscimento delle responsabilità previste per l'ente che eserciti un'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.

*(Luciana Cipolla - l.cipolla@lascalaw.com)*