



TRIBUNALE di NAPOLI

1097/13 N.R.R.Fall.

Il Tribunale di Napoli, VII sezione civile, riunito in camera di consiglio nella seguente composizione:

Dr. Lucio Di Nosse	Presidente
Dr. Stanislao De Matteis	Giudice
Dr. Ilaria Grimaldi	Giudice rel.

Letto il ricorso presentato da [REDACTED] S.r.l., tendente ad ottenere la dichiarazione di fallimento di [REDACTED] S.r.l. con socio unico, con sede in [REDACTED], via [REDACTED] n. 44;
udita la relazione del giudice delegato all'istruttoria;
letta la comparsa di costituzione della società resistente, nonchè l'atto di intervento della Regione Campania e del Commissario *ad acta*;

OSSERVA

Preliminare è l'indagine sulla ricorrenza del presupposto di cui all'art. 1 L.Fall. per poter far luogo alla dichiarazione di fallimento, ossia che la società resistente sia un imprenditore commerciale privato.

Invero, l'art. 1 cit. esclude dall'area della fallibilità gli enti pubblici.

Nel caso che ci occupa, dubbi sull'assoggettabilità dell'[REDACTED] S.r.l. (da ora, abbreviato [REDACTED]) alle disposizioni sul fallimento nascono dalla considerazione della circostanza che trattasi di società che gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, integralmente partecipata dalla Regione Campania, che detiene il 100% del capitale sociale.

Ebbene - pur nella consapevolezza dell'orientamento giurisprudenziale, seguito anche dalla Corte d'Appello napoletana ed avallato di recente dalla Suprema Corte, che ritiene decisivo, ai fini dell'individuazione dei soggetti fallibili, il rilievo del tipo sociale attraverso cui è esercitata l'attività, e dunque sicuramente fallibile una società, pur integralmente partecipata da ente pubblico e costituita per la prestazione esclusiva di un servizio pubblico, c.d. *in house providing*, che però rivesta le forme delle società regolate dal codice civile - questo Collegio ritiene di poter porre in discussione tale tesi prendendo le mosse dal recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che si è occupata del tema, pur se a diversi fini.

Sono ormai ben delineati nell'ordinamento, come ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, del resto, autorevolmente dalle stesse SS.UU. (cfr. sent. n. 26283 del 25 novembre 2013), i connotati qualificanti della società *in house*, costituita per finalità di gestione di pubblici servizi, che si individuano nei seguenti requisiti: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività esclusivamente o quanto meno in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici, presupposti che, per poter parlare di società *in house*, è necessario sussistano tutti contemporaneamente e che trovino tutti il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale.

In ordine al primo requisito, la Suprema Corte ha avuto modo di ricordare come già la giurisprudenza europea abbia ammesso la possibilità che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purchè si tratti pur sempre di enti pubblici (cfr. Corte di giustizia, sent. 10 settembre 2009, n. 573/07; 13 novembre 2008, n. 324/07), come del resto ritenuto anche dal Consiglio di Stato (cfr. sent. n. 7092/10; n. 8970/09), e che è necessario che lo statuto dell'ente inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari.

Il requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società postula che l'impresa sia preposta in via principale alla prestazione di un servizio d'interesse economico generale e che l'attività accessoria eventualmente esercitata non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi.

Infine, il requisito del c.d. controllo analogo sussiste qualora l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica, e dunque la società sia soggetta ad un regime di gestione del tutto corrispondente a quello che l'ente partecipante esercita sulle proprie articolazioni interne. E' chiaro, dunque, che non si allude all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria o totalitaria è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società, e, di riflesso, sulle scelte degli organi sociali, sulla scorta dell'esercizio degli ordinari diritti e facoltà di socio, in base alle norme del codice civile, ma di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente, fino al punto che all'organo amministrativo della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale.

Partendo, dunque, da tale premesse, del tutto condivisibilmente le SS.UU. evidenziano la difficile conciliabilità del fenomeno delle società *in house providing* con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, per lo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, attesa la completa assenza da parte di tali società di un potere decisionale loro proprio, in conseguenza del totale assoggettamento degli organi sociali al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare delle partecipazioni sociali.

Pertanto, il Supremo Collegio ha concluso nel senso che "La società *in house*, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. E' stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talchè << l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa >> (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). 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. L'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare" (cfr. SS.UU. cit., in motivazione).

La conseguenza di tale impostazione è che se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo,

è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità.

Ebbene, anche se le SS.UU. hanno effettuato tale ricostruzione del fenomeno dell'*in house providing* ai fini del riparto di giurisdizione in merito all'azione di responsabilità degli organi di gestione e controllo, ritiene questo Collegio che analoghe conclusioni siano da prendere anche relativamente alla questione dell'assoggettabilità della società *in house* alla disciplina del fallimento.

Infatti, se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni.

Ebbene, è questa la conclusione cui si giunge nel caso di specie.

Invero, ai sensi dell'art. 6 dello Statuto della ██████ acquisito in atti, ricorre il primo requisito per la individuazione di una società *in house*, ossia l'integrale partecipazione pubblica al capitale, essendo statutariamente previsto che le quote della società possono essere trasferite solo a soggetti pubblici, su delibera della Giunta Regionale previo parere della commissione consiliare permanente, dunque con l'esclusione della possibilità di partecipazione di soci privati.

Ricorre, inoltre, il c.d. controllo analogo da parte della Regione Campania, espressamente menzionato nell'art. 8 *bis*, il quale specificamente contempla l'esercizio da parte della regione di un controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, riservando espressamente – tra gli altri – all'assemblea dei soci l'approvazione, entro il 15 dicembre dell'anno precedente, di un Piano di Programma annuale, cui l'Organo amministrativo dovrà attenersi e dare esecuzione, che definisce le attività, gli obiettivi annuali, le eventuali modifiche dell'assetto organizzativo della società, i costi e ricavi dell'esercizio.

Pertanto, lo statuto pone l'organo amministrativo in una situazione di dipendenza assoluta dall'assemblea e, dunque, dal socio pubblico che la compone, il quale ne determina annualmente l'attività, gli obiettivi, i costi e ricavi della gestione, diretta all'esercizio del servizio pubblico.

Infine, quanto all'attività esercitata, è incontroverso che la ██████ gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, dunque chiaramente l'attività della stessa è prevalentemente destinata in favore dell'ente partecipante, titolare del pubblico servizio.

Pertanto, alla luce dei suesposti principi, la ██████ si configura come una società *in house* della Regione Campania, costituita per la gestione del pubblico servizio di trasporto locale, del tutto dipendente dall'ente regionale, titolare del 100% del capitale e che ne determina statutariamente gli obiettivi e l'attività.

Del resto, la stessa normativa di settore conferma l'identificazione della società resistente come un mero organismo regionale per la gestione del servizio pubblico.

Infatti, con il D.L. n. 83 del 22.6.2012, convertito il L. n. 134/2012, è stata prevista una particolare procedura per il rientro dal disavanzo delle società partecipate dalla regione Campania che gestiscono il trasporto regionale, con la nomina di un Commissario *ad acta*, cui è demandata una ricognizione dei debiti e dei crediti e l'elaborazione di un piano di rientro dal disavanzo accertato ed un piano dei pagamenti, alimentato da risorse regionali disponibili in bilancio e da altre entrate, da sottoporre all'approvazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dell'Economia e delle finanze (art. 16, co. 5); a completamento di tale procedura e per assicurare lo svolgimento della stessa, nonché l'efficienza e continuità del servizio di trasporto, lo stesso decreto ha previsto il divieto di

iniziare o proseguire azioni esecutive, anche concorsuali, nei confronti delle società a partecipazione regionale esercenti il trasporto ferroviario regionale, per un periodo di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto citato (co. 7), prorogato dapprima al 31.12.2013 dalla L. n. 228 del 24.12.2012, e poi al 31.12.2014, dal D.L. 30 dicembre 2013, n. 151.

Ebbene, tale normativa speciale conferma l'equiparazione della società *in house* all'ente pubblico partecipante, ai fini dell'esenzione dal fallimento, ai sensi dell'art. 1 L.Fall., se è vero – come chiarito dalle SS.UU. – che non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, per cui viene meno anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società, argomento su cui, invece, si fondava la pregressa giurisprudenza, anche di legittimità, che, invece, ne riteneva la fallibilità, proprio in quanto soggetto giuridico distinto dal socio pubblico (cfr. da ultimo Cass. civ., n. 22209/2013; n. 21991/2012).

Ciò è confermato, nel caso che ci occupa, in particolar modo dalla previsione legale della destinazione di risorse regionali o comunque da determinare da parte dei Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Economia, al ripianamento del *deficit* accertato, dunque dell'obbligo, sancito da legge, del socio pubblico di provvedere al pagamento delle obbligazioni contratte dall'organismo per il tramite del quale ha gestito il servizio di interesse generale.

E' questa, del resto, l'unica interpretazione possibile della normativa speciale richiamata, per la quale altrimenti si porrebbero chiari dubbi di legittimità costituzionale, specie nella parte in cui è stato disposto il perdurare della sottrazione dell'ente alle esecuzioni, anche concorsuali, che se può giustificarsi nell'ottica dell'urgenza e, dunque, per tempi limitati, si porrebbe in contrasto con gli interessi dei privati che hanno contratto con l'ente medesimo, parimenti meritevoli di tutela, anche costituzionalmente riconosciuta (cfr. Corte Cost. n. 186 del 12.7.2013).

Pertanto, deve concludersi che la ██████████, quale società *in house* della regione Campania, costituita per la gestione del pubblico servizio di trasporto locale e, dunque, quale mero organismo dell'ente pubblico, che ne determina attività ed obiettivi, escludendo la possibilità di partecipazione di soci privati, non è soggetta alle disposizioni sul fallimento, ai sensi dell'art. 1 L.Fall..

P. Q. M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso in Napoli, li 9.1.2014

Il giudice del.

Il Presidente