



IL TRIBUNALE DI AVEZZANO

SEZIONE FALLIMENTARE

Riunito in camera di consiglio e composto dai magistrati:

Dott. Eugenio Forgillo	Presidente
Dott. Vittorio Corasaniti	Giudice
Dott. Francesco Elefante	Giudice relatore ed estensore

ha emesso il seguente

DECRETO

- **Letta** la domanda di ammissione al beneficio del Concordato preventivo in continuità aziendale con riserva di produzione della proposta e del piano (c.d. in bianco) depositata in data 02 luglio 2013 da CONSORZIO ACQUEDOTTISTICO MARSICANO – C.A.M. s.p.a. (CF/PI/01270510660) in persona del Presidente del Consiglio di Gestione Dott. Andrea Ziruolo e dell'Amministratore Delegato e Direttore Generale Dott. Luca Ciarlino, rappresentata e difesa, giusta procura in calce, dal Prof. Avv. Valerio Di Gravio e dall'Avv.to Filippo De Luca del foro di Roma, nonché dall'Avv. Guido Ponziani presso il cui studio, sito in Avezzano (AQ) alla Via Cesare Battisti n. 45 è elettivamente domiciliata;
- **Sentito** il debitore ex art. 162 LF;
- **Avvisato** il Pubblico Ministero;
- **Rilevato che** il CONSORZIO ACQUEDOTTISTICO MARSICANO – C.A.M. s.p.a. ha preliminarmente dedotto, nel citato ricorso, di essere assoggettabile alle procedure concorsuali ex art 1 della legge fallimentare allegando sul punto:
 - 1) le risultanze degli ultimi tre bilanci di esercizio e la bozza di bilancio al 31.12.2012 approvata dal Consiglio di Gestione;
 - 2) di trovarsi in stato di crisi finanziaria;
 - 3) di avere come oggetto sociale *"in conformità a quanto disposto dall'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e s.m. e i., e dalle vigenti disposizioni della normativa adottata dall'Unione europea dallo Stato e dalla Regione, (...) la gestione del servizio idrico integrato disciplinato dalla parte III, sezione III, artt. 141-176, del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, e s.m. e i., recante il codice dell'ambiente, costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, gestito secondo principi di efficienza, efficacia e economicità, nel rispetto delle norme*

[Handwritten signature and initials]

nazionali e comunitarie, nonché di tutti quei servizi pubblici connessi con la gestione del servizio idrico integrato. La gestione si riferisce anche agli usi industriali delle acque gestite nell'ambito del servizio idrico integrato. La società è tenuta, ai sensi di legge, a gestire il servizio idrico integrato di cui al comma 1 nell'ambito della convenzione con l'Autorità competente ed eventuali attività connesse alla stessa";

- 4) che il capitale sociale, stabilito in euro 26.419.100,00 (ventiseimilioni - quattrocentodiciannovemilacenti) è diviso in n. 610 azioni, ripartire tra n. 30 soci enti locali aventi tutti natura giuridica di Comuni;
- 5) che la gestione ed il controllo sono disciplinati in base al sistema civilistico c.d. dualistico ed affidate, quindi, ad un Consiglio di gestione e ad un Consiglio di sorveglianza;
- 6) che la gestione del servizio idrico integrato nell'ambito del territorio marsicano avviene in base alla convenzione, ed al relativo disciplinare di affidamento "in house", deliberata dalla Giunta Regionale Abruzzo con l'atto n. 974/2006;
- 7) che l'attività è soggetta, oltre al controllo previsto dal codice civile per le società per azioni, al c.d. controllo analogo - di cui alla legge n. 267/2000 (testo unico Enti Locali) , successivamente modificato dalla legge n. 133/2008 - esercitato dall'Autorità Territoriale Ottimale Marsicana n. 2;
- 8) che *"sin dall'avviamento il CAM si è trovato ad operare con livelli tariffari che non erano direttamente correlati alla propria struttura dei costi facendo insorgere situazioni finanziarie non equilibrate"*;
- 9) che *"ai sensi dell'art. 16 della convenzione del 2004, sino alla prima delibera della articolazione tariffaria d'ambito unica, per gli anni 2004 e 2005, il CAM è stato obbligato ad applicare tariffe deliberate dai singoli Comuni che avevano accettato il subentro nel Servizio (in sostanza le tariffe rimangono invariate dal 2002 al 2005)"*;
- 10) che *"dalla fine del 2003, inoltre, la società è impegnata dall'Autorità di Ambito all'avvio della installazione dei misuratori in tutte le utenze sprovviste. Per cui inizia una politica di investimento secondo un programma contenuto nel Piano D'Ambito (2002) ed un progetto pilota di attuazione approvato prima della Delibera Ente d'Ambito Marsicano n. 13 del 06.04.2006 dalla medesima autorità. Nel corso di quasi tre anni, in virtù di tali scelte vengono investiti diversi milioni di euro e si procede alla assunzione nel 2004 di circa 50 operai e tecnici che rimangono in forza per questo progetto sino al giugno 2009 ed in parte fino alla scadenza dei contratti a termine per gli anni successivi. I pagamenti di tali costi avvengono sino al 2006 attingendo sostanzialmente dalla entrata corrente, dal momento che i mutui a copertura vengono accesi tra il 2006 ed il 2007. Tant'è che il mancato pagamento delle forniture energetiche inizia nel corso del 2003 perdurando sino ad oggi"*;
- 11) che *"a partire dal 01.01.2006, con delibera dell'Assemblea n. 10 del 11.07.2006, viene fissata l'articolazione tariffaria unica per l'Ambito n.2 Marsicano. Con tale delibera vengono sommariamente definiti in via provvisoria improrogabilmente sino al*



31.12.2007 i costi operativi e di ricavi vincolati per gli anni 2006 e 2007. Ma in realtà, nonostante l'articolo 14 ultimo comma della convenzione definitiva di affidamento in house providing (...) tale articolazione tariffaria rimane in vigore sino al 17.06.2010, cercando ulteriore squilibrio finanziario";

- 12) che "nel 2010 si modifica nuovamente la regolamentazione relativa alla fissazione della tariffa con la definizione da parte dell'ATO2 Marsicano di un Piano d'Ambito 2010-2026 nel quale vengono fissate nuove regole di contabilizzazione, le esigenze di risorse finanziarie da destinare ad un piano di investimenti e manutenzione straordinaria di 122 mil. Euro, una struttura di costi basata sul consuntivo reale 2008 e mantenuta costante con un progressivo efficientamento nel corso degli anni. Le regole però non tenevano conto di un costo importante come l'energia, fattore esogeno alla gestione, della strutturale morosità dei pagamenti, poiché non era possibile inserire il costo finanziario associato, ma soprattutto della variabilità dei volumi d'acqua effettivamente fatturati. Quest'ultimo fattore è da considerarsi la principale causa del dissesto finanziario in quanto rispetto ai consuntivi di fornitura d'acqua registrati (nel 2009 10,3 mil di mc), il Piano prevedeva un incremento fissato a 12 mil di mc, quasi il 20% in più a partire sin dal 2010, basandosi su stime non realistiche rispetto al territorio servito. Ciò ha comportato la mancata fatturazione di 3-4 mil. Euro/anno negli anni a seguire, valore che si è andato peraltro ad incrementare in quanto i volumi d'acqua fatturati anziché crescere come pianificato si andavano riducendo per la progressiva installazione dei contatori che progressivamente trasformavano una utenza fatturata a forfait (141mc/anno) in una fatturata a consumo (100mc/anno valore medio 2012 per utenza domestica)";
- 13) che "inoltre, la mancanza di una regola di rapida modifica della tariffa da parte del gestore a fronte di una procedura amministrativa complessa, non ha consentito il rapido recupero dello squilibrio finanziario";
- 14) che "nel frattempo, nel corso del 2013, si sono succeduti un numero significativo di decreti ingiuntivi, avverso i quali la società ha fatto opposizione, che hanno bloccato la liquidità residua sulla quasi totalità dei conti correnti" (per complessivi circa 37,9 milioni di euro);
- **Esaminata** la documentazione allegata alla domanda di concordato preventivo (in particolare la visura camerale aggiornata di cui all'allegato 3 e lo statuto societario di cui all'allegato n.4);
- **Rilevato che** in sede di valutazione di ammissibilità della proposta concordataria il Tribunale adito svolge un sindacato da riferirsi esclusivamente al rispetto della legalità sostanziale (*id est*, ricorrenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi per accedere alla procedura);

OSSERVA

In limine, il Collegio adito ritiene necessario che, in ragione degli elementi costitutivi fattuali allegati dallo stesso ricorrente - sinteticamente riportati in precedenza - occorra affrontare la questione involgente la qualificazione della società ricorrente

quale imprenditore commerciale stante quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, legge fallimentare, ove è espressamente disposto che "sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici".

Secondo, infatti, la prospettiva del diritto fallimentare – sia consentito evidenziare, parzialmente divergente da quella propriamente appartenente al diritto amministrativo – al fine di accertare l'assoggettabilità di un soggetto giuridico alla disciplina concorsuale occorre innanzitutto che quest'ultimo non solo non sia stato previamente qualificato espressamente dalla legge come Ente pubblico (clausola negativa), ma necessita di verificare se in capo allo stesso è possibile riconoscere simultaneamente la qualifica di "imprenditore" che esercita una "attività commerciale" (requisiti positivi).

A tale ultimo riguardo certamente costituisce, nella fattispecie, punto di partenza dell'analisi la circostanza che il ricorrente abbia assunto, dal punto di vista formale, la veste di società di capitali.

Tuttavia, come detto, tale ultimo elemento costituisce solo il punto di inizio della verifica che il Collegio ritiene di dover svolgere.

In tal senso, infatti, non ignora il Tribunale la recente pronuncia giurisprudenziale del Tribunale di Palermo, sezione fallimentare, che nell'affrontare *funditus* la questione in un caso analogo (cfr. Tribunale di Palermo, sezione fallimentare, decreto n. 99 del 08.01.2013 il quale ha stabilito che "non è sufficiente, ai fini di ritenere la "omissis" imprenditore commerciale, la mera costituzione della ricorrente in società per azioni") ma altresì il principio di diritto stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 9096/2005, secondo il quale "la qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso. Ma si deve procedere ad una valutazione concreta in fatto, caso per caso".

Pur nell'autorevolezza dei suddetti pronunciamenti, che hanno in altre pronunzie di merito parecchi conforti, reputa tuttavia il Tribunale aderire a quel diverso orientamento che sembra definitivamente affermarsi negli ultimi tempi, in ragione del quale, al di fuori delle ipotesi di società c.d. legali (istituite, trasformate o comunque disciplinate da legge particolare – es. RAI, Sviluppo Italia, Cassa Depositi e Prestiti, Patrimonio dello Stato e simili), non esiste un *tertium genus* tra enti pubblici e persone giuridiche di diritto privato, presidiato da regole incerte di diritto pretorio (Cass. S.U. 19 dicembre 2009, n. 26806), al più potendosi la disciplina pubblicistica sovrapporre, ai fini dell'azione di responsabilità nei confronti di amministratori degli enti partecipanti per danni riverberati negli enti partecipanti (Cass. S.U. 3 maggio 2013 n. 10299, *in Le Società*, con ampia nota di commento).

In realtà, com'è stato di recente osservato, le società in mano pubblica, anche quando siano concessionarie esclusive di servizi pubblici essenziali, forniscano i beni od i servizi da esse prodotti esclusivamente all'ente pubblico che ne è l'unico socio,

27

siano alimentate da risorse pubbliche, siano sottoposte a penetranti poteri di ingerenza e di controllo di carattere pubblicistico, siano ad altri specifici effetti, equiparate agli enti pubblici, non possono essere definite in linea generale enti pubblici, salvo che, per il dovuto rispetto del divieto di cui all'art. 4 della legge n. 70 del 1975, sia la legge a definirle tali ovvero a fornire indicazioni ermeneutiche tali da indurre a ritenere del tutto imprevedibile il contrario.

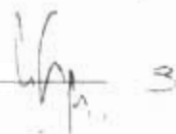
Qualora non sussistano concreti dati normativi che possano far ritenere che le società in mano pubblica possano essere considerate enti pubblici, esse non possono essere escluse dall'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, salvo ovviamente, il caso in cui non svolgano un'attività commerciale (Corte di Appello di Napoli, 24 aprile 2013 n. 57, in corso di pubblicazione, con nota, su *Il Fallimento*).

Tuttavia, al fine di sgomberare il campo dell'analisi da qualsiasi possibilità di fraintendimenti, deve sin d'ora precisarsi che l'approccio da dover adottare nella fattispecie non involge la questione giuridica - come detto, più propriamente appartenente al diritto amministrativo - dell'astratta qualificabilità di un soggetto formalmente riconducibile ad un tipo contrattuale privatistico (*id est*, società per azioni) come ente sostanzialmente pubblico - ambito rispetto al quale effettivamente si pone l'annosa questione, tanto discussa dagli studiosi del diritto amministrativo, della c.d. riserva di legge; dei cc. d.d. organismi di diritto pubblico; della nozione ad assetto variabile di pubblica amministrazione in senso comunitario, la quale viene influenzata dalle singole normative di settore (si pensi, a titolo di esempio, alla disciplina della evidenza pubblica negli appalti; a quella del pubblico impiego; alla nozione di pubblico ufficiale) - quanto piuttosto quella, strettamente appartenente al diritto fallimentare, involgente la circostanza che un soggetto formalmente privato possa, solo per questo, ritenersi impresa commerciale.

Si vuole cioè affermare che gli elementi sintomatici in base a quali può riconoscersi natura di "istituzione pubblica" in senso sostanziale ad un soggetto possono assumere autonoma rilevanza nel diritto fallimentare: gli stessi infatti assumono significato non solo relativamente alla individuazione - totalmente estranea al presente procedimento - di un soggetto come pubblico o privato, ma anche al fine di stabilire se quest'ultimo possa definirsi, ancor prima, come "impresa commerciale" secondo il diritto fallimentare.

Non è un caso, infatti, che l'endiadi prevista all'art. 1 della legge fallimentare richieda, ai fini dell'applicabilità del regime ivi previsto, che il ricorrente abbia non solo formalmente la qualifica di "imprenditore", ma che eserciti altresì un' "attività commerciale".

La progressiva specialità assunta, anche in ragione delle spinte comunitarie, dalle varie normative di settore - specialità in ragione della quale un atto o un soggetto può avere una certa natura per un determinato settore ed un'altra per altro settore (si



pensi al diritto tributario, al diritto amministrativo, al diritto penale rispetto al diritto civile) – alla quale non è estraneo il diritto fallimentare tenuto conto degli interessi sottesi alla relativa disciplina, impone cioè che l'analisi in ordine al riconoscimento in capo al ricorrente C.A.M. s.p.a. dell'esercizio in concreto di una "attività commerciale" avvenga tenendo inevitabilmente conto, allo stesso tempo, del quadro normativo di riferimento, previgente ed attuale, dell'oggetto sociale esercitato nonché, non da ultimo, delle concrete modalità di gestione dell'attività.

Occorre in definitiva stabilire, secondo il punto di vista strettamente del settore fallimentare, se in ragione alle condizioni concrete appena esposte possa essere riconosciuto alla società ricorrente, in mano totalmente pubblica, l'esercizio di una attività "commerciale".

In sostanza, il *modus operandi* che si ritiene di adottare nella fattispecie è di tipo ontologico, tenendo cioè inevitabilmente conto delle dinamiche concrete passate e presenti. Ciò anche perché nulla astrattamente esclude che un soggetto pubblico possa partecipare, per le motivazioni più svariate, ad una società, tanto che, non a caso, in dottrina si distingue tra mera partecipazione pubblica in società capitaliste e società a partecipazione pubblica (c.d. *in house*).

Tuttavia, si ribadisce, la circostanza che la partecipazione avvenga con riguardo ad un soggetto giuridico avente formalmente la veste di società di capitali non può essere ritenuto, di per sé, elemento unico e dirimente in base al quale riconoscere l'esercizio di una attività commerciale.

Ciò si impone, inoltre, non solo per le motivazioni esposte, proprie come detto del diritto in senso stretto fallimentare, ma anche in ragione della considerazione giuridica appartenente al più ampio *genus* del diritto civile, al quale certamente appartiene il primo, in virtù del quale occorre distinguere, ai fini della qualificazione del negozio giuridico, tra tipo contrattuale previsto e disciplinato dalla legge e causa concreta del contratto adottato, pur senza, per questo, cadere nella tentazione, segnalata da attenta dottrina a commento di alcune decisioni di merito (Trib. Patti, 6 marzo 2009, in www.ilcaso.it – proprio in tema di acque ed in fattispecie assai somigliante a quella in esame), di riqualificare il "tipo" sociale trasponendolo nell'alveo delle società pubbliche.

Posto, infatti, che anche la società di capitali è un contratto, seppur plurilaterale, ai fini della qualificazione della stessa come commerciale o meno (elemento che attiene alla causa del contratto) occorre comunque avere riguardo non solo al mero dato formale ma anche e certamente agli elementi valutativi concreti prima esposti, e, quindi, alla possibilità, astrattamente derivante dallo statuto ovvero in concreto esercitata di "tipo" commerciale.

D'altra parte, è nota la problematica sviluppatasi in ambito fallimentare a proposito delle cooperative, laddove, lo scopo mutualistico connotativo del tipo è stato ritenuto dalla giurisprudenza pienamente compatibile con l'esercizio da parte delle stesse di attività commerciale, con il conseguente assoggettamento a fallimento nel caso in

cui risulti accertata in concreto la coesistenza dello scopo di lucro con lo scopo mutualistico.

Non appare peraltro precluso un accertamento in concreto dell'attività anche in presenza di "tipo" predefinito come "commerciale". Oltre a quanto appena esposto per le finalità peculiari del sistema concorsuale in cui è richiesto un accertamento in positivo del requisito dello svolgimento dell'attività commerciale, milita in tale direzione anche l'articolata normativa speciale delle società che si interessano di alcuni settori particolari – come si avrà cura di dire appresso.

Poste queste necessarie premesse di ordine generale, il Collegio ritiene che, nella fattispecie, non possa essere riconosciuta in capo alla società ricorrente CONSORZIO ACQUEDOTTISTICO MARSICANO – C.A.M. s.p.a. la qualifica di società esercente una attività commerciale.

In tale direzione depongono gli elementi indicati nei punti seguenti.

1) Trattasi di società c.d. *in house* a totale partecipazione pubblica (e non già di mera partecipazione pubblica in società per capitali), posto che la gestione del servizio idrico è stata conferita alla stessa in via diretta senza gara, ossia senza la necessità di provvedere all'affidamento del servizio o alla scelta del socio nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica.

2) Nell'oggetto sociale, di cui sia alla visura della CIAA, sia all'art. 6 dello Statuto della società, si legge - come d'altronde allegato dallo stesso ricorrente nella domanda - rispettivamente che la gestione del servizio idrico integrato avviene nell'ambito della convenzione dell'ATO, e che i servizi possono essere svolti esclusivamente all'interno della competenza territoriale dell'Ente controllante, il che inevitabilmente incide in modo significativo sui tipici poteri gestori (liberi ed autodiretti) propri di chi è imprenditore commerciale.

3) All'art. 2 dello Statuto societario è previsto che *"la società oltre ai controlli ordinari esercitati ai sensi del codice civile, per la parte riguardante i servizi gestiti in concessione per l'affidamento diretto da parte degli Enti Locali è soggetta da parte degli stessi e dalla Autorità competente al controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, nelle modalità e nei limiti prescritti dalla legge"*, sicché il controllo è esercitato anche da soggetti terzi non soci, in ragione di una disciplina non appartenente al codice civile ma speciale (di cui *funditus* oltre).

4) All'art. 6 dello Statuto è previsto che la gestione del servizio idrico integrato avviene *"secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità"*. Concetto, quest'ultimo, certamente diverso da quello lucrativo appartenente alla definizione di impresa. Non si può non tener conto, ai fini dell'esame della fattispecie, come in questo caso si tratti sostanzialmente di un consorzio tra enti locali (Comuni), ancorché costituito in forma di società di capitali, preposto alla erogazione dell'acqua potabile alle famiglie della Marsica, con tariffe predefinite e in regime di sostanziale monopolio.

5) All'art. 10 dello Statuto è previsto che *"i finanziamenti con diritto a restituzione delle somme versate possono essere effettuati a favore della società esclusivamente dai soci"* nonché che *"in ogni caso il patrimonio costituito da beni demaniali e le azioni sono incedibili a terzi, ma possono essere trasferiti solo ad altri enti locali"*; dal che se ne deduce che la gestione del servizio è totalmente chiusa ai privati perché estranea ad interessi strettamente privatistici; come si vedrà più avanti, trattasi infatti di interessi solidali, il cui contenuto è, peraltro, oltremodo oggi enfatizzato dalle decisioni della Corte Costituzionale che ha bocciato la ventilata ipotesi di privatizzazione delle acque pubbliche, imponendo, di fatto ed a maggior ragione, una gestione pubblicistica e presidiata ancora oggi dalla legge statale sulla legge regionale nella determinazione delle tariffe (Corte Costituzionale sentenze n. 246 del 2009, 29 del 2010 e 13 marzo 2013 n. 67).

6) All'art. 27, comma 2, dello Statuto è previsto che *"il Presidente o l'Amministratore delegato, se nominato, predispone annualmente e porta all'approvazione del Consiglio una relazione sul generale andamento della società e sulla sua prevedibile evoluzione nel corso del triennio successivo, comprensiva delle questioni esaminate e delle operazioni più significative, ivi incluso la redazione del bilancio di previsione"*; nonché, al comma 3, che *"il Presidente del Consiglio di gestione trasmette la relazione di cui al comma 2 al Consiglio di Sorveglianza, all'Assemblea e all'ATO entro dieci giorni dalla data di approvazione del bilancio"*. Obbligo di comunicazione all'ATO che, da un lato - come si vedrà al successivo punto n. 9 - costituisce previsione esecutiva di un regolamento della regione Abruzzo regionale attuativo di legge regionale; dall'altro, conferma l'esistenza di un controllo di gestione estraneo ai poteri tipici civilistici riconosciuti viceversa solo ai soci.

7) In ragione di quanto appena esposto al punto che precede, all'art. 48, commi 2, 3 e 4 dello Statuto sociale è previsto che *"le competenze sull'esercizio del controllo analogo sono rimesse all'Autorità individuata con apposita legge regionale in quanto applicabile. Il Presente statuto recepisce le disposizioni normative regionali e nazionali riguardanti il modello organizzativo e gestionale dell'affidamento in house providing di un servizio pubblico locale a rilevanza economica. Ai fini del controllo analogo il CAM s.p.a. recepisce quanto disposto dall'art. 5, comma 5, della legge Regione Abruzzo n. 9 del 2011, del regolamento di esecuzione n. 1 del 2013, emanato in attuazione"*.

8) L'art. 1, comma 16, primo periodo, della citata ultima legge regionale, dispone che *"in conformità alla normativa vigente, il controllo analogo sui gestori in house del Servizio è svolto dall'ERSI ovvero dal Commissario di cui al successivo comma 19,"* mentre il secondo periodo prevedeva che *"il controllo analogo è esercitato, nel rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto gestore, attraverso parere obbligatorio sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house"*.

Ma, tale citato ultimo periodo è stato abrogato dalla legge regionale 17 luglio 2012 n.2 adottata nelle more della pendenza del giudizio di costituzionalità, instaurato con ricorso del 01.07.2011 e deciso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 50 del

28.03.2013. La Corte di legittimità costituzionale, infatti, pur in presenza di una disposizione abrogata *medio tempore*, ha ritenuto comunque rilevante la questione sollevata in base all'assunto che *"nonostante l'integrale abrogazione del censurato secondo periodo del comma 16, non è possibile escludere che la norma ivi prevista abbia avuto applicazione nel periodo di vigenza"*. Ciò detto, nella sentenza ultima citata si legge che la disposizione regionale *"deve ritenersi costituzionalmente illegittimo sia per la previsione del rispetto della autonomia gestionale del soggetto affidatario in house, sia per la prescrizione di pareri obbligatori, ma non vincolanti, sugli atti fondamentali del soggetto gestore. Per il primo profilo, si deve ricordare che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che sul soggetto concessionario deve essere esercitato «un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti»* Ciò non significa che siano annullati tutti i poteri gestionali dell'affidatario in house, ma che la *«possibilità di influenza determinante»* è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere – in coerenza con la giurisprudenza comunitaria – tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione. Anche con riferimento al secondo profilo, è appena il caso di osservare che il condizionamento stretto, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti, resi peraltro – come esplicitamente prevede la norma impugnata – *«sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house»*. Pertanto, l'intero secondo periodo del comma 16 dell'art. 1 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2011 deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost."

In altri termini, la legge incide pesantemente sul funzionamento degli enti preposti alla gestione delle acque, imponendo tariffe in qualche misura vincolate dall'Autorità per l'energia e il gas, come risulta dall'art. 154 del c.d. codice dell'ambiente (D.lgs. n. 152 del 2006, come modificato dalla Legge 17 dicembre 2012 n. 221).

A conforto di quanto appena evidenziato va enfatizzato quanto risultante dal verbale di udienza 24 luglio 2013, laddove il direttore generale ha confermato essere le società preposte alla gestione delle acque condizionate economicamente, in quanto *"il regime controllato delle tariffe renda impossibile pensare di ripianare le perdite pregresse attraverso la generazione di utili"*.

Invero, a detta dello stesso il regime tariffario attuale è tale per cui le società preposte a tale attività sono destinate ad operare, nelle migliori delle ipotesi, in condizioni di sostanziale pareggio, restando l'eventuale distribuzione degli utili ipotesi del tutto residuale e, comunque, recessiva rispetto agli investimenti strutturali; quindi con implicita esclusione dell'aspetto commerciale dell'attività svolta.

9) Il Decreto regionale datato 16.01.2013, n. 1/REG recante *"Regolamento di esecuzione della legge regionale 12 aprile 2011, n. 9 (Norme in materia di servizio Idrico Integrato della Regione Abruzzo)"*, pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo , anno XLIV – n. 3 ordinario (23.01.2013) – al quale rinvia, come

1/1
3

visto, lo Statuto societario del ricorrente - espressamente prevede, all'art. 1 - recante "Obiettivi e finalità" - che "1. In attuazione dell'art. 1, comma 22, della legge regionale 12 aprile 2011, n. 9 (Norme in materia di servizio Idrico Integrato della Regione Abruzzo) il presente regolamento disciplina le modalità di esecuzione delle funzioni affidate dall'Ente Regionale per il Servizio Idrico Integrato (ERSI) in attesa della sua piena operatività. 2 Il presente regolamento è emanato nel rispetto dei principi sanciti dall'Unione Europea, dallo Stato e dalla Regione nell'ambito della gestione integrata delle risorse idriche e della gestione del Servizio idrico integrato. 3 Il presente regolamento disciplina le modalità per: [...] b) promuovere l'unitarietà della gestione nell'ambito ottimale unico regionale; c) favorire la definizione di un governo pubblico e partecipativo del ciclo integrato dell'acqua, in grado di garantire un uso sostenibile e solidale". Prerogativa quest'ultima (id est, uso solidale) che veniva sancita sin dal 1994 con l'art. 1 della legge 5 gennaio 1994 n. 36 (c.d. Galli) - recante "Disposizioni in materia di risorse idriche" - ove si diceva che "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà. Qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale"; dall'altro, il citato regolamento regionale prevede all'art. 5 - recante "Affidamento del Servizio Idrico Integrato" - commi 4 e 5, che "ai fini dell'affidamento diretto [...] la società di gestione è totalmente partecipata da Enti locali, ed esclude l'ingresso di capitali privati nel proprio capitale sociale", nonché che "ai fini del controllo analogo la società affidataria prevede nel proprio Statuto e negli atti organizzativi e gestionali della società: a) l'obbligo di trasmissione, da parte della società affidataria del servizio, dei documenti di programmazione, del bilancio preventivo e consuntivo, e del piano industriale, al fine di consentire la preventiva approvazione degli stessi da parte dell'ERSI; b) la facoltà da parte dell'ERSI di modificare gli schemi tipo di contratto di servizio e di verificare lo stato di attuazione degli obiettivi assegnati anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità; c) l'approvazione, da parte dell'ERSI, o in attesa della sua piena operatività, del Commissario Unico Straordinario di cui all'art. 1, comma 19, della l.r. 9/2001, delle deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria e degli atti fondamentali della gestione quali: 1) il bilancio preventivo e consuntivo; 2) la relazione programmatica; 3) l'organigramma; 4) il piano di investimenti; 5) il piano di sviluppo industriale; d) la trasmissione dei nominativi dei candidati alla carica di Amministratore e di componente del Collegio sindacale per le necessarie verifiche da parte dell'ERSI, nonché la potestà di revoca, da parte dell'ERSI, o in attesa della sua piena operatività, del Commissario Unico Straordinario di cui all'art. 1, comma 19, della l.r. 9/2011, dei componenti del Consiglio di Amministrazione e del Collegio sindacale della società anche nel caso di ripetuto inadempimento degli obblighi finanziari di cui all'art. 153, comma 2, del DLgs 152/2006 nei confronti dei Comuni gestiti e degli Enti d'Ambito in liquidazione; e) l'esercizio di poteri sostitutivi ed ispettivi diretti e concreti, da parte dell'ERSI; f) l'esercizio di poteri inibitivi di iniziative o decisioni che si

pongano in contrasto con gli interessi dell'ERSI, o in attesa della sua piena operatività, del Commissario Unico Straordinario di cui all'art. 1, comma 19, della l.r. 9/2001; g) la facoltà di convocare l'Assemblea dei soci ed il consiglio di Amministrazione e di proporre argomenti da portare all'ordine del giorno degli organi societari".

Circostanze tutte queste sostanzialmente incompatibili tanto con la struttura societaria privatistica (pur formalmente attribuita) tanto con lo scopo lucrativo della medesima.

10) Giova a queste argomentazioni, la circostanza che, stante la natura del servizio gestito e le stesse esposte modalità concrete di gestione, la società non ha mai concretamente operato (e non ha mai potuto operare) in un ambiente e secondo logiche concorrenziali né economicamente sfruttabili, tipiche di chi svolge attività di impresa, tenuto conto che in attuazione del quadro normativo di riferimento si è dovuto adottare un modello di gestione non aperto a soggetti privati, con la conseguenza che nel territorio di riferimento il C.A.M. era il solo soggetto formalmente privato a gestire il servizio idrico, ma con tariffe predefinite da terzi e senza possibilità di espletare altra attività lucrativa.

11) Tant'è che la società non è mai stata libera di determinare la tariffa applicabile al servizio, il cui corrispettivo, non a caso, dall'art. 154 del codice dell'ambiente è qualificato per legge "tale" in assenza di qualsiasi atto di autodeterminazione della società.

Del resto è lo stesso ricorrente ad esporre - come visto nella domanda di concordato - che le cause della crisi sono state determinate sia dalla fissazione di criteri di determinazione della stessa tariffa esterni alla sua volontà; sia dalla fissazione di una tariffa che non teneva conto della "variabilità dei volumi d'acqua effettivamente fatturati. Quest'ultimo fattore è da considerarsi la principale causa del dissesto finanziario in quanto rispetto ai consuntivi di fornitura d'acqua registrati (nel 2009 10,3 mil di mc), il Piano d'Ambito "prevedeva un incremento fissato a 12 mil di mc, quasi il 20% in più a partire sin dal 2010, basandosi su stime non realistiche rispetto al territorio servito".

Eterodeterminazione della volontà che, influenzando su elementi significativi della redditività e sulla linee programmatiche, certamente costituisce indice sintomatico di esclusione della natura in concreto commerciale della società.

12) Il fatto che - come già anticipato - l'attività di gestione del servizio idrico è stata in concreto ispirata ai principi di "efficienza, efficacia ed economicità" (cfr. art. 6 del citato statuto), i quali non sono le finalità tipicamente proprie delle imprese commerciali quanto piuttosto, più propriamente, gli ordinari criteri di gestione dell'agere amministrativo previsti dall'art.1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e ciò in ragione proprio del fatto che, in realtà, le esigenze cui il ricorrente è sempre stato diretto a soddisfare avevano ed hanno carattere generale ed essenziale e non già, viceversa, meramente commerciale.

4/3

13) Nella stessa ultima direzione, la diversità ontologica tra la gestione del servizio attuata dal C.A.M. secondo metodo economico, astrattamente diretta alla copertura dei costi, rispetto a quella tipicamente commerciale, finalisticamente orientata, viceversa, non solo alla mera remunerazione del capitale sociale (*id est*, realizzazione di un lucro). Si vuole in sostanza affermare l'assenza, nella gestione concretamente attuata dal ricorrente, di un indirizzo gestionale autonomamente diretto alla realizzazione di uno scopo di vero e proprio lucro.

14) Il divieto di svolgere prestazioni in altri territori e l'impossibilità di acquisire "commesse" estranee a quelli previsti nell'oggetto sociale nonché da parte di soggetti diversi dagli enti locali facenti parte della compagine sociale, il quale ordinariamente non appartiene all'attività commerciale di impresa.

15) La circostanza, affermata dallo stesso ricorrente in sede di domanda, che dalla fine del 2003 la società si era impegnata con l'Autorità di Ambito all'avvio della installazione dei misuratori in tutte le utenze sprovviste, e quindi ad una politica di investimento eterodeterminata - secondo il programma contenuto nel Piano D'Ambito 2002 ed il progetto pilota di attuazione approvato prima della Delibera Ente d'Ambito Marsicano n. 13 del 06.04.2006 dalla medesima autorità - in virtù della quale si è impegnata ad investire diversi milioni di euro ed ha dovuto procedere all'assunzione di circa 50 dipendenti.

Elemento che - come esposto dallo stesso ricorrente nella domanda - ha fortemente inciso sulle finanze della società.

16) Proseguendo sul tema della assunzioni non autodeterminate dei dipendenti, rileva la circostanza che in base all'art. 173 del decreto legislativo n. 152 del 2006 (cd testo Unico ambiente) possono astrattamente verificarsi (e non può escludersi che sia già avvenuto) passaggi diretti di dipendenti dai Comuni consorziati al C.A.M.; per di più rilevando - sempre ai fini della dimostrazione della scarsa compatibilità con l'archetipo commerciale - l'impignorabilità delle somme destinate al pagamento delle retribuzioni del personale dipendente ex art. 159 D.lgs. 267/2000.

17) Ancora, nella stessa ultima logica, l'indicazione interpretativa in ordine alla specialità del servizio idrico integrato rispetto a tutti gli altri servizi pubblici, ricavabile dal disposto di cui all'art. 21, comma 19, del decreto legge del 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, ove è previsto che *"con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481"* - in attuazione del quale è stato adottato il Decreto del Presidente del consiglio dei Ministri del 20 luglio 2012 (pubblicato nella GU n. 231 del 03 ottobre 2012), recante *"Individuazione delle funzioni dell' Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici"*, ove si ribadisce che la citata Autorità *"definisce le componenti di costo, inclusi i costi finanziari degli investimenti e della*

gestione, per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato" (art. 3 lett. c) e " approva le tariffe del servizio idrico integrato [...] impartendo, a pena d'inefficacia prescrizioni. In caso di inadempienza, o su istanza delle amministrazioni e delle parti interessate, l'Autorita' per l'energia elettrica e il gas intima l'osservanza degli obblighi entro trenta giorni decorsi i quali, fatto salvo l'eventuale esercizio del potere sanzionatorio, provvede in ogni caso alla determinazione in via provvisoria delle tariffe sulla base delle informazioni disponibili, comunque in un'ottica di tutela degli utenti".

18) In ultimo, la considerazione giuridica di tipo sistematico esposta dal Tribunale di Catania nel Decreto 26 marzo 2010, ove si afferma – previamente significando che, nella fattispecie all'esame del citato ultimo tribunale la società non gestiva il servizio idrico, il quale come è noto ha ad oggetto il bene pubblico costituito dall'acqua - che l'incompatibilità della disciplina concorsuale fallimentare "delle società in mano pubblica "necessarie" (in cui " il carattere della necessità è da individuarsi nel senso che la esistenza delle società in questione è considerata necessaria dall'ente territoriale in quanto inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi", nella fattispecie non solo essenziali ma naturali) "con l'interesse pubblico alla continuità nella gestione del servizio" in quanto l'attività sarebbe "paralizzata da una eventuale dichiarazione di fallimento" - si pensi, nella fattispecie, all'ipotesi in cui il concordato preventivo proposto non dovesse essere omologato dai creditori - "che impedirebbe il perseguimento dell'interesse, ove si consideri fra l'altro che la possibilità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa non è volto alla soddisfazione del pubblico interesse ma è subordinato unicamente ed esclusivamente all'interesse dei creditori del fallito (individuabile nella massimizzazione della percentuale di riparto)". Si afferma condivisibilmente che, altrimenti opinando, si avrebbe nella fattispecie una gestione societaria che verrebbe condotta sotto il controllo dell'autorità giurisdizionale - relativamente a tutti gli atti più importanti di straordinaria amministrazione ex artt. 161, comma 7, e 167 LF - il cui esercizio del potere autorizzativo è viceversa indirizzato unicamente dal migliore perseguimento delle ragioni dei creditori. Il che, invece, non può ritenersi compatibile con la gestione di un servizio avente ad oggetto l'acqua, che costituisce espressamente bene demaniale.

Vero è che tale importante affermazione è stata di recente altrettanto condivisibilmente svalutata da un arresto giurisprudenziale assai articolato (cfr. Corte Appello di Napoli 24 aprile 2013 n. 57, cit.), ponendosi in luce come le esigenze di carattere pratico susseguenti dal fallimento dell'imprenditore svolgente servizio pubblico essenziale non possono essere valorizzate al punto da escludere la fallibilità, imponendo soltanto al titolare dell'interesse pubblico di prendere atto dell'insuccesso e adottare i provvedimenti consequenziali per riassegnare il servizio a terzi, mentre al tribunale fallimentare di procedere alla liquidazione delle attività nei rispetto dei limiti stabiliti dalla legge al fine di assicurare provvisoriamente il servizio pubblico già affidato alla società fallita (dovrebbe aggiungersi, senza per questo

gravare sulla collettività dei creditori, cosa, per vero, *more solito*, alquanto improbabile).

Tuttavia, una tendenziale linea di sovrapposibilità tra le due letture si rinviene, laddove, adottandosi l'equazione società di capitali = automatica fallibilità, anche il solo tempo necessario all'ente per riassegnare il servizio rischia di ribaltare sui creditori, per il tramite degli organi fallimentari, oneri in prededuzione non recuperabili; cosa che, invece, non necessariamente si verifica nelle società commerciali, laddove il lucro è connaturato allo svolgimento delle attività e il passaggio di mano dall'imprenditore al curatore non di rado innesta un percorso virtuoso in grado di espletare un periodo d'esercizio provvisorio in attivo.

Resta, in definitiva, preferibile una lettura più cauta dell'articolato impianto normativo alquanto confuso in tema di servizi pubblici essenziali, dovendosi prediligere l'assenza del requisito dell'attività commerciale in quelle società, pur formalmente di capitali, in cui non v'è concreto esercizio commerciale.

Non ignora il Tribunale un recente arresto proprio sul tema della "commercialità" rilevante ai sensi dell'art. 1 l.fall.

Sostiene la Corte di Appello di Napoli, nella sentenza 27 maggio 2013, n. 346 (in corso di pubblicazione su *Il Fallimento*, con nota di commento) quanto segue.

La citata norma (cfr. art. 1 l.fall.) e, per la verità, nemmeno le disposizione del codice civile offrono una definizione della commercialità.

In dottrina suole ripetersi, con opinione del tutto prevalente, che tale nozione va recuperata in negativo dalla previsione degli art. 2135 c.c. nel senso che è commerciale l'imprenditore che non eserciti attività agricola o, meglio ancora, che le attività commerciali coprirebbero tutto l'ambito delle attività d'impresa (sia pure a carattere industriale) riconducibili all'art. 2082 c.c. con la sola esclusione delle attività qualificate come agricole dall'art. 2135 c.c.

In positivo si considerano attività commerciali quelle elencate nell'art. 2195 c.c., che indica tuttavia solo gli "imprenditori soggetti a registrazione"; la natura commerciale la si desume, in realtà, dal secondo comma di detta norma secondo cui "le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano".

In tale direzione si afferma in dottrina che la scelta del modello organizzativo della società integra la sua natura di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, qualsiasi sia l'attività economica svolta.

Sotto tale profilo, dunque, l'oggetto sociale dell'Astir, declinato – per quanto più interessa - nel senso della "gestione integrata dei rifiuti urbani e speciali, pericolosi e non pericolosi ... e "di risanamento ambientale" rientra a pieno titolo nello svolgimento di un'attività commerciale concernente la prestazione di servizi.

Ricorre nella riflessione dottrinale ed in talune pronunce giurisprudenziali (cfr. Trib. Palermo, 8 gennaio 2013, cit., Trib. Velletri 8 marzo 2010 in www.ilcaso.it e in Riv. dottori comm., 2010, 2, 413) il rilievo secondo cui la vocazione commerciale di una società predicherebbe l'operare di essa all'interno di un mercato concorrenziale e lo svolgimento di un'attività a favore di terzi.

I detti profili non risultano compiutamente approfonditi nella loro dimensione concettuale e sul punto non può non osservarsi che la concorrenzialità valga a qualificare piuttosto il regime in cui assicurare la libera competizione delle imprese sul mercato e non tanto un requisito necessario per postularne la commercialità.

Anche il riferimento all'espletamento di attività a favore di terzi non pare costituire condizione imprescindibile della commercialità, se è vero, come pare indubitabile, che sono tali e che possono fallire (come sovente è accaduto) le holding (cd. pure) che svolgono attività solo a favore delle partecipate.

La dottrina a commento di tale decisione, di suo, aggiunge lucidamente: "la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta" come la scelta di gestire un servizio pubblico essenziale, utilizzando il modello della società di capitali, anziché l'azienda speciale o la concessione a terzi, comporta l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale in pieno, qualsiasi sia l'attività economica svolta, e non solo i vantaggi derivanti dalla segregazione patrimoniale. Insomma se da un lato si è voluto "approfittare" delle prerogative della "mano morta" dell'affidamento diretto alle proprie società, dall'altro se ne devono subire le conseguenze.

Pur potendosi ampiamente condividere l'impianto così descritto, reputa il tribunale come la prescrizione dell'art. 1 l.fall. importi un accertamento specifico in ordine al detto requisito della commercialità, peraltro ben coniugabile col disposto del secondo comma dell'art. 2195 c.c. (cfr. *se non risulta diversamente*), consentendo di escluderlo (come avviene nel caso di scrutinio sulle "cooperative") nelle limitate ipotesi in cui l'attività economica svolta non consenta, né in astratto né in concreto, per prescrizione di legge o regolamento (e non di certo per libera autodeterminazione degli organi amministrativi), come nel caso di specie, il perseguimento dell'attività precipua lucrativa.

In ragione di tutte le motivazioni esposte, deve concludersi, quindi, per la mancanza in capo al ricorrente CONSORZIO ACQUEDOTTISTICO MARSICANO – C.A.M. s.p.a. (CF/PI 01270510660) del requisito dell'esercizio di attività commerciale, pur riaffermata, la natura di società di capitali soggetta a tutti gli effetti alle regole civilistiche e, quindi, tra l'altro, a quelle sull'integrità del capitale e sulle conseguenze per gli amministratori per le violazioni degli artt. 2446 e 2447 c.c.

Deve escludersi, di conseguenza, che quest'ultima rientri tra i soggetti rispetto ai quali l'art. 1 della legge fallimentare riconosce la possibilità di essere sottoposti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo.

PQM

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra deduzione ed eccezione offerta dalle parti, così provvede:

Dichiara inammissibile la domanda di concordato preventivo presentata in data 2 luglio 2013 dal CONSORZIO ACQUEDOTTISTICO MARSICANO – C.A.M. s.p.a. (CF/PI 01270510660).

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti nonché per le comunicazioni alle parti.

Così deciso in Avezzano nella Camera di Consiglio del 24 luglio 2013

Il giudice relatore ed estensore
Dott. Francesco Elefante

Francesco Elefante

Il Presidente
Dott. Eugenio Forgillo

Eugenio Forgillo

ILCASO.it

TRIBUNALE DI AVEZZANO
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
U. 26 LUG. 2013

Patrizia Orlandi
CANCELLERIA GIUDIZIARIA
PATRIZIA ORLANDI

