

Il TU delle società a partecipazione pubblica “positivizza” la crisi d’impresa

Le condotte esigibili dagli amministratori (degli Enti locali e/o delle società a partecipazione pubblica) in presenza di una crisi d’impresa

di Laura De Rentiis - Magistrato della Corte dei conti (*)

Il TU delle società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016, come modificato dal D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, pubbl. in Gazz. Uff. 26 giugno 2017) chiarisce definitivamente che anche le società a partecipazione pubblica e le società *in house* sono assoggettabili alle procedure concorsuali. Il TU richiamato, inoltre, contiene indicazioni - più o meno puntuali - volte a “prevenire” la crisi d’impresa prodromica ad una eventuale declaratoria di fallimento o di ammissione a concordato preventivo. Ne consegue che da un esame, in chiave sistematica, da dette disposizioni normative possono desumersi regole di condotta alle quali dovrebbero conformarsi gli amministratori delle società e/o degli enti locali in presenza dei primi segnali di una “crisi d’impresa”.

Il TU prende atto dell’esistenza del fenomeno della crisi d’impresa delle società a partecipazione pubblica ma non disciplina il fenomeno della liquidazione volontaria o coatta che potrebbe essere conseguenza della stessa

Prima di addentrarci nell’esame delle norme che - talvolta, solo implicitamente - fanno riferimento alla fattispecie della “crisi d’impresa” di una società a partecipazione pubblica, appare opportuno premettere che il TU delle società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016, come modificato dal D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100 pubbl. in Gazz. Uff. del 26 giugno 2017, d’ora in avanti TU soc. part. pubbl.) presta particolare attenzione - disciplinandolo puntualmente - al fenomeno costitutivo e par-

tecipativo di dette società, mentre si limita ad affermare che esse sono soggette alle procedure concorsuali dando per scontato che si applichi *in toto* la c.d. legge fallimentare (1).

Si aggiunga che il testo normativo oggetto del presente scritto se è “succinto” in punto di disciplina della fase patologica della “crisi d’impresa” è, addirittura, “lacunoso” in materia di liquidazione/estinzione della società a partecipazione pubblica; fenomeno, quest’ultimo, che sovente -anche se non necessariamente- rappresenta il normale evolversi di una crisi aziendale che sfocia in una liquidazione volontaria o coatta oppure, più semplicemente, rappresenta il naturale epilogo della doverosa “razionalizzazione” delle partecipazioni detenute da un’amministrazione pubblica (2). In proposito, è

(*) Tratto dall’intervento dell’autrice, in collaborazione con la Sezione regionale di controllo per la Lombardia della Corte dei conti, tenutosi a Milano il 14 novembre 2016, “Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 T.U. in materia di società a partecipazione pubblica” e rielaborato sulla base delle novità introdotte dal D.Lgs. n. 100/2017.

(1) Detta affermazione ha fondamento normativo nel terzo comma dell’art. 1 del T.U. in discorso che, con una clausola di

chiusura, stabilisce (facendo chiarezza sul punto) che per tutto quello che non è espressamente derogato dal testo unico, si rimanda alla disciplina del codice civile e di diritto comune.

(2) Il tema della necessità di procedere ad una “razionalizzazione” delle partecipazioni societarie detenute, in particolar modo, dagli enti locali è stato oggetto di numerosi interventi del legislatore impegnato sul fronte della c.d. *spending review*, tuttavia, ad oggi non ha ottenuto i risultati sperati. La volontà

sufficiente richiamare la lettera del primo comma dell'art. 1 che, sotto la rubrica "oggetto" del TU in materia di società a partecipazione pubblica, afferma che "le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta", ma nulla dice a proposito della liquidazione ed estinzione delle medesime società.

Ad ogni buon conto, per completezza, è anche doveroso evidenziare che il fenomeno della liquidazione volontaria o per legge -anche se non espressamente indicato nell'oggetto del TU - è, comunque, tenuto in considerazione in diverse disposizioni del corpo normativo. In quest'ottica, si richiama l'art. 20 che, al primo comma, fa riferimento alla "soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione" e, poi, al quinto comma afferma che "I relativi atti di scioglimento delle società (...) sono disciplinati, salvo quanto diversamente disposto nel presente decreto, dalle disposizioni del codice civile e sono compiuti anche in deroga alla previsione normativa originaria riguardante la costituzione".

Un altro riferimento normativo si rinviene, poi, nell'art. 24, comma 6, sulla revisione straordinaria delle partecipazioni che richiama espressamente ipotesi in cui opera la liquidazione per legge ("Nei casi di cui al sesto e al settimo comma dell'articolo 2437-*quater* del codice civile ovvero in caso di estinzione della partecipazione in una società unipersonale, la società è posta in liquidazione").

Sin da ora, dunque, si può evidenziare che il legislatore, pur prendendo atto che anche le società a partecipazione pubblica sono interessate dal fenomeno

meno della liquidazione volontaria o per legge, ha ritenuto che la fase necessariamente "prodromica" all'estinzione delle società medesime debba essere interamente disciplinata dalle norme di diritto comune in quanto il TU delle soc. part. pubbl. non detta norme derogatorie alle stesse.

I "soggetti" tenuti a prevenire e a fronteggiare la crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica

Chiarito il rilievo dato dal legislatore alla "crisi d'impresa" e, più in generale, alla fase liquidatoria rispetto a tutto il *corpus* normativo, per individuare i soggetti in capo ai quali sono esigibili le condotte volte a prevenire e/o a fronteggiare la crisi d'impresa, occorre rinviare all'articolo 12 del nuovo testo unico. In maggior dettaglio, ci si riferisce ai "componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società" (primo comma) e ai "rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque titolari del potere di decidere per essi" che sono tenuti ad esercitare i diritti di socio (secondo comma) (3).

Ad ogni buon conto, in questa sede, la norma da ultima citata non sarà lo spunto per approfondire il tema della natura (erariale o civile) della responsabilità ascrivibile ai soggetti richiamati. Infatti, nel presente scritto, l'art. 12 assume rilievo solo in quanto individua i soggetti "patrimonialmente" responsabili in caso di un depauperamento del patrimonio sociale o dei soci; in altri termini, detta norma consente di individuare i soggetti in capo ai quali vanno ritenute esigibili le condotte necessarie per prevenire o fronteggiare una crisi d'impresa (4).

Detto ciò, con riferimento ai soggetti indicati dal primo comma dell'art. 12 cit., si sottolinea che an-

del legislatore di proseguire sulla strada della "razionalizzazione" delle partecipazioni è esplicitata dal secondo comma dell'art. 1 del TU laddove si legge che "Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica".

(3) Art. 12 TU ("Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate"): «1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno

conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

Si precisa che, nel prosieguo dello scritto, l'espressione "organo amministrativo" della società implicitamente richiamerà anche gli organi controllo e l'espressione "amministratore" dell'ente, in realtà, ricomprenderà tutti quei soggetti che all'interno dell'ente socio possono essere chiamati a rispondere *ex art.* 12 cit.

(4) La "condotta imputabile" agli amministratori della società e/o dell'ente locale, ai fini dell'accertamento della relativa "responsabilità patrimoniale", non muta a seconda che la responsabilità venga qualificata come erariale o civile. La qualificazione della natura della responsabilità, diversamente, è di primaria importanza ai fini dell'individuazione del Giudice competente (Corte dei conti/Giudice ordinario), dell'elemento soggettivo e della prescrizione.

che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate pubbliche, come gli amministratori delle società di diritto comune, devono essere professionalmente qualificati. Conseguentemente, dagli stessi, deve essersi una condotta professionalmente qualificata.

Con riferimento ai soggetti indicati dal secondo comma dell'art. 12 cit., invece, si osserva che il TU recepisce le indicazioni della Magistratura contabile che già da diversi anni afferma che l'amministrazione socia non possa disinteressarsi dell'andamento della propria partecipata. D'altra parte, anche le novelle del TUEL (in particolare, il D.L. n. 174/2012), hanno affermato che tutti gli enti locali hanno il dovere di monitorare gli effetti della partecipazione societaria sul bilancio finanziario dell'ente socio modificato e che i comuni sopra i 15.000 abitanti devono organizzare un adeguato sistema di controlli interni ai sensi dell'articolo 147-*quater* TUEL (5).

Dunque, alla luce del richiamato quadro normativo, si può affermare che anche in capo agli amministratori dell'ente locale socio è esigibile un grado di diligenza che, anche se non è qualificabile in termini di "professionalità" come per gli amministratori della società partecipata, è comunque declinato in una serie di comportamenti che (vedremo) in alcuni casi prescindono dall'entità della partecipazione dell'ente socio, mentre in altri casi sono conseguenti all'entità della partecipazione (ciò si verifica quando le risultanze della gestione della società si riverberano direttamente sul bilancio dell'ente socio).

Le "condotte" esigibili per prevenire e fronteggiare la crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica

Detto ciò, dal nuovo TU soc. part. pubbl. si possono estrapolare quattro diverse tipologie di condotte che, in presenza di una crisi aziendale, sono esigibili (alternativamente o cumulativamente) dai soggetti indicati dall'art. 12 cit..

1) Il controllo giudiziario sull'amministrazione della società ex art. 2409 c.c. su richiesta dell'ente socio.

Una prima condotta è declinata dall'art. 13 del TU soc. part. pubbl., norma che non opera un distinguo sull'entità della partecipazione detenuta dall'ente locale.

Art. 13 - Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico- :

«1. Nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409 del codice civile, ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale
2. Il presente articolo si applica anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata».

La condotta individuata dalla norma testé richiamata è esigibile in capo all'amministrazione dell'ente locale socio o, più precisamente, detta condotta è esigibile in capo al Sindaco e/o, a seconda delle dimensioni dell'ente, in capo al dirigente dell'Ufficio partecipate oppure in capo al funzionario con la delega ad un servizio (figura, quest'ultima, che viene in rilievo in quei comuni, anche sopra i 15.000 abitanti, che non hanno un "ufficio partecipate").

Inoltre, il secondo comma specifica che "tutte le amministrazioni pubbliche" socie sia di S.p.a. sia di

(5) Art. 147-*quater* TUEL ("Controlli sulle società partecipate non quotate"): «1. L'ente locale definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di controlli sulle società non quotate, partecipate dallo stesso ente locale. Tali controlli sono esercitati dalle strutture proprie dell'ente locale, che ne sono responsabili. 2. Per l'attuazione di quanto previsto al comma 1 del presente articolo, l'amministrazione definisce preventivamente, in riferimento all'articolo 170, comma 6, gli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo parametri qualitativi e quantitativi, e organizza un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica. 3. Sulla base delle informazioni di cui al comma 2, l'ente locale effettua il monitoraggio periodico sull'andamento delle società non quotate partecipate, analizza gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e individua le opportune azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente. 4. I risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende non quotate partecipate sono rilevati mediante bilancio consolidato, secondo la competenza economica, predisposto secondo le modalità previste dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni. 5. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in fase di prima applicazione, agli enti locali con popolazione superiore a 100.000 abitanti, per l'anno 2014 agli enti locali con popolazione superiore a 50.000 abitanti e, a decorrere dall'anno 2015, agli enti locali con popolazione superiore a 15.000 abitanti, ad eccezione del comma 4, che si applica a tutti gli enti locali a decorrere dall'anno 2015, secondo le disposizioni recate dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle società quotate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. A tal fine, per società quotate partecipate dagli enti di cui al presente articolo si intendono le società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati».

S.r.l. sono legittimate ad attivare questa forma di controllo giudiziario. Detta precisazione è volta a chiarire un dubbio interpretativo che era sorto in seno alla Magistratura ordinaria circa l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. con riferimento alle società a responsabilità limitata.

La norma in commento, invece, ha una portata innovativa laddove deroga ai presupposti fissati dal codice civile per accedere a questa forma di tutela giudiziaria: anche il socio pubblico con una partecipazione infinitesimale (ad es. nella misura dello 0,9%), in presenza di gravi irregolarità degli amministratori, può presentare domanda al tribunale per l'attivazione di questo procedimento camerale.

D'altra parte, a prescindere dall'entità della partecipazione societaria, ogni socio -in ragione delle informazioni che acquisisce con la relazione annuale- è posto in condizione di attivare lo strumento disciplinato dall'art. 2409 cit.

A mio avviso, però, sotto questo profilo la norma in sede di applicazione non avrà un vero carattere innovativo per una ragione squisitamente pratica: l'art. 2409 c.c. pone le spese per il procedimento camerale a carico del socio richiedente e, quindi, affermare che un comune con una "piccola" partecipazione (ossia, normalmente un comune di "piccole dimensioni") abbia il dovere (non solo il potere) di attivarsi finirebbe per gravare eccessivamente (in rapporto alle sue dimensioni) le finanze del comune medesimo che invoca il controllo giudiziario.

Per chiudere in punto di "potere/dovere" degli enti locali di attivarsi ex art. 2409 c.c., è opportuno altresì ricordare che con questo procedimento il Giudice ordinario compie una valutazione sulla gestione della società, non sui singoli atti. Con lo strumento in discorso, dunque, non si impugnano, ad esempio, le singole delibere societarie, ma si contesta la legalità di una serie di atti gestori. Inoltre, attraverso questo strumento l'ente locale socio non può far valere questioni di opportunità di alcune scelte gestionali; ne consegue, che l'ente socio che si attiva ex art. 2409 deve addurre la violazione di norme di diritto da cui possa derivare, anche solo potenzialmente, un danno alla società.

Da una lettura sistematica del nuovo TU, infine, in merito alla "condotta esigibile" in esame si può ritenere che il legislatore abbia inteso "sollecitare" le amministrazioni socie ad avvalersi di questo strumento. Infatti, come si è visto, oltre ad aver eliminato la "soglia minima" di partecipazione per l'attivazione del procedimento previsto dall'art. 2409 c.c., ha altresì tipizzato una serie di condotte gesto-

rie che sono *ex lege* qualificate come "gravemente irregolari" e che, quindi, si aggiungono a quelle già individuate dalla Giurisprudenza ordinaria in sede di applicazione del procedimento camerale in discorso per le società partecipate dai privati. In maggior dettaglio, si evidenzia che nel corpo della normativa il legislatore ha tipizzato -in termini "di gravi irregolarità" ex art. 2409 c.c. - le seguenti condotte: il mancato rispetto - da parte della società *in house* - del "limite quantitativo" di fatturato prodotto nei confronti dell'ente socio (art.16, comma 4, del TU soc. part. pubbl.); la stipula di contratti di lavoro nulli perché violano l'art. 25 TU soc. part. pubbl.; nonché, proprio nell'ambito di una crisi di impresa, la mancata adozione di un "adeguato" piano di risanamento (art. 14, comma 3, del TU soc. part. pubbl.).

In quest'ultimo caso, a parere di chi scrive, il concetto di "crisi di impresa" va limitato ad una fase prodromica della stessa; ossia, non si riferisce a "quella" crisi di impresa che legittima l'attivazione della procedura concorsuale del concordato preventivo. Infatti, qualora ricorresse quest'ultima ipotesi, in costanza di una procedura concorsuale, lo strumento previsto dall'art. 2409 c.c. diventerebbe improcedibile. In altri termini, il dovere di attivarsi ex art. 2409 c.c. scatta in presenza di gravi irregolarità che sono semplicemente indici di una probabile futura crisi di impresa.

Alla luce di quanto sin qui detto, dunque, in presenza di gravi irregolarità l'amministrazione socia (anche con una partecipazione minima) è legittimata ad attivare lo strumento giuridico previsto dall'art. 2409 c.c.

2) La predisposizione di specifici programmi di valutazione del rischio aziendale e di idonei piano di risanamento da parte degli amministratori della società

Art. 14 - Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica - , comma 2:

«Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento».

Le regole di condotta tipizzate dal legislatore con il secondo comma dell'art. 14 cit. sono declinazioni del requisito della "professionalità" che devono possedere gli amministratori di società a partecipa-

zione pubblica. In particolare, stante il carattere della professionalità dell'attività svolta, l'amministratore della società ha il dovere di "intercettare" gli indici sintomatici di una crisi aziendale ai suoi esordi e, al contempo, ha il dovere di dare l'input per la loro correzione.

Gli obblighi sono duplici, di carattere "preventivo" e di carattere "correttivo".

a) L'amministratore deve redigere **specifici programmi di valutazione del rischio** di crisi aziendale. Detti programmi devono essere allegati alla relazione sul governo societario che, a loro volta ogni anno, deve essere comunicata all'assemblea dei soci.

b) In presenza di uno o più indicatori di crisi aziendale, senza indugi, l'amministratore deve adottare un **idoneo piano di risanamento** in cui indica i provvedimenti per prevenire l'aggravamento, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause di detta crisi.

Dunque, alla stregua dell'art. 14 cit., l'amministratore della società ha sia l'obbligo di "informare" l'assemblea dei soci della presenza di elementi sintomatici di una crisi aziendale, sia l'obbligo di "proporre" piani di risanamento adeguati per far fronte alla crisi.

Il successivo comma 4 "in negativo" definisce un piano "non adeguato", ossia il piano che - a prescindere dalle modalità prescelte - si traduce in un ripiano delle perdite generate dalla società, senza che venga attivata una ristrutturazione aziendale volta a consentire alla società di raggiungere un equilibrio economico nell'espletamento delle attività ad essa affidate (6).

La Giurisprudenza contabile, anche prima dell'entrata in vigore del TU soc. part. pubbl., ha avuto modo di precisare che «*reiterate operazioni di ripianamento di perdite e di ricapitalizzazione costituiscono un rischio per gli equilibri di bilancio dell'Ente. Inoltre, il reiterarsi delle perdite di una società partecipata rivela un'insufficiente produttività ed utilità per l'Ente locale socio unico o di maggioranza di cui quest'ultimo, nell'esercizio delle sue autonome scelte gestionali, non può non tener conto. Si evidenzia inoltre che le operazioni*

di ripiano delle perdite e di ricapitalizzazione incidono sulle finanze comunali destinate alla spesa di parte corrente. Se infatti le partecipazioni azionarie ed i conferimenti di capitale costituiscono forme di investimento (cfr. art. 3, comma 18 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 – finanziaria 2004), come tali finanziabili con ricorso all'indebitamento ovvero con l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione accertato e non altrimenti vincolato, non costituiscono investimento ma rientrano nella spesa corrente le operazioni di ripiano delle perdite e di ricapitalizzazione (cfr. il principio contabile n. 2, punto 9, redatto dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli Enti locali). Pertanto non solo non si può ricorrere all'indebitamento per il finanziamento di tali operazioni (cfr. art. 3, comma 19 della finanziaria 2004), ma trovano anche applicazione i limiti di cui all'articolo 187 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL)» (7).

3) Il rispetto delle regole di finanziamento della società sia da parte degli amministratori della società sia da parte dell'ente socio

Art. 14 comma 5:

«Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma».

(6) Il comma 4 dell'art. 14 cit. recita: «Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2 (*rectius* 2 e 3, Ndr), la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga

al comma 5».

Il comma è stato così modificato dall'art. 8, comma 1, lett. d), D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall'art. 22, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 100/2017. In realtà, permane un errore materiale nella stesura del comma in discorso in quanto i piani di risanamento a cui il legislatore si riferisce sono quelli previsti dai commi 2 e 3, non dai commi 1 e 2.

(7) Corte dei conti, sez. contr. Piemonte, delibera 4 giugno 2008, n. 15; delibera n. 2/2010.

I destinatari di dette regole sono sia gli amministratori della società sia le amministrazioni socie. Le "regole" sul finanziamento delle società partecipate non sono una novità, infatti, erano già state positivizzate dal comma 19 dell'art. 6 del D.L. n. 78/2010 (8).

La giurisprudenza contabile, in merito alla precedente disposizione normativa, aveva affermato che il precetto normativo «*impone l'abbandono della logica del salvataggio a tutti i costi di strutture e organismi partecipati o variamente collegati alla pubblica amministrazione che versano in situazioni d'irrimediabile dissesto, ovvero l'ammissibilità d'interventi tampone con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogate senza l'inserimento in un programma industriale o in una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo (comma 19 primo periodo). I trasferimenti agli organismi partecipati sono consentiti solo se vi sarà un ritorno in termini di corresponsività della prestazione a fronte dell'erogazione pubblica, ovvero la realizzazione di un programma d'investimento. Eventuali interventi in deroga, potranno essere autorizzati solo al cospetto di gravi pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica e la sanità e al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse (comma 19, secondo periodo)*» (9).

La ratio del vecchio comma 19 cit. (e, quindi, anche dell'odierno art. 14, comma 5, TU soc. part. pubbl.) è triplice: salvaguardare l'equilibrio dei bilanci degli enti soci (che, per loro stessa natura, "subiscono" gli effetti negativi del bilancio delle società partecipate); incentivare gli enti soci a perseguire una maggiore efficienza nella gestione delle società partecipate e, infine, evitare che il finanziamento delle società pubbliche al di fuori di ogni logica di mercato possa creare deviazioni rispetto alle norme comunitarie che tutelano la concorrenza.

In quest'ottica, la Magistratura contabile aveva, infatti, sottolineato che la norma che regola il finanziamento dei soci, «*muovendo in una prospettiva di contenimento dei costi degli apparati pubblici e di forte limitazione dello strumento societario da parte degli enti pubblici, troppo spesso usato come schermo per eludere i vincoli di finanza pubblica cui sono sottoposti, ha introdotto un divieto che preclude in radice la possibilità per gli enti controllanti di intervenire a favore delle proprie società partecipate laddove queste presentino perdite di esercizio negli ultimi tre anni. La disposizione si propone perciò di porre un freno alla prassi, ormai consolidata, seguita dagli enti pubblici ed in particolare dagli enti locali, di procedere a ricapitalizzazioni e ad altri trasferimenti straordinari per coprire le perdite strutturali (tali da minacciare la continuità aziendale); prassi che, come noto, da un lato finisce per impattare negativamente sui bilanci pubblici compromettendone la sana gestione finanziaria; dall'altro si contrappone alle disposizioni dei trattati (art. 106 TFUE, già art. 86 TCE), le quali vietano che soggetti che operano nel mercato comune beneficino di diritti speciali o esclusivi, o comunque di privilegi in grado di alterare la concorrenza "nel mercato", in un'ottica macroeconomica*» (10).

Dunque, diversamente dal socio privato, che non incontra particolari limiti nell'espletamento dell'autonomia negoziale in tema di finanziamento della società in cui partecipa, quello pubblico non può liberamente impiegare risorse pubbliche per finanziare una società che non è capace di operare con le proprie risorse economiche/finanziarie e che abbia "registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali".

Il socio pubblico può derogare al «divieto di soccorso finanziario» in 3 ipotesi:

1) La ricostituzione del capitale ex artt. 2447 e 2482-ter del codice civile.

(8) L'art. 6, comma 19, D.L. n. 78/2010 (prima modificato dall'art. 1, comma 740, L. 28 dicembre 2015, n. 208, a decorrere dal 1° gennaio 2016 e, poi, abrogato dall'art. 28, comma 1, lett. I, D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175), disponeva: «Al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche, tenuto conto dei principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti bancari, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo

periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma».

(9) Si veda Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, deliberazioni 19 marzo 2013, n. 98/2013/PAR, n. 753/2010/PAR, n. 1081/2010/PAR e n. 636/2011/PAR.

(10) Così, Corte dei conti, Sez. contr. Puglia, 7 marzo 2012, n. 29/PAR/2012.

II) La sottoscrizione di aumenti di capitale, l'effettuazione di trasferimenti straordinari, aperture di credito, e rilascio di garanzie a favore delle società partecipata in presenza di una convenzione, un contratto di servizio o un investimento legato ad un piano di risanamento.

Rappresenta una novità l'invio alla Corte dei conti "ai sensi dell'articolo 5" del medesimo TU (ossia, "a fini conoscitivi").

In questa ipotesi, inoltre, il legislatore fissa una precisa scadenza temporale: l'equilibrio finanziario deve raggiungersi in tre anni.

III) La terza deroga riguarda l'ipotesi in cui deve essere garantita la continuità nelle prestazioni di pubblico interesse: su richiesta dell'amministrazione interessata il finanziamento deve essere autorizzato con decreto del Consiglio dei Ministri che, a sua volta, deve essere sottoposto al controllo preventivo di legittimità.

In quest'ultimo caso, dunque, la Corte dei conti è interessata, in sede centrale, nell'espletamento delle funzioni di controllo preventivo di legittimità.

A mio avviso, quest'ultima deroga, "tutela" l'amministrazione interessata: una volta che ottiene l'avvallo dell'operazione in sede di controllo preventivo di legittimità, lo spazio per eventuali successive responsabilità si riduce (11).

4) La necessità di attivarsi quando si concretizza il presupposto oggettivo per l'apertura di una procedura concorsuale

Art. 14 comma 1:

«Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39».

(11) In proposito si richiama l'art. 1, comma 1, Legge n. 20/1994 (come mod. dal D.L. n. 78/2009): la responsabilità amministrativa-contabile dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti è «limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave» (...). «In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo».

(12) Sintetizzando, prima del TU, in seno alla giurisprudenza ordinaria si erano sviluppate tre tesi: una tesi panprivatistica che sosteneva che tutte le società pubbliche come quelle di diritto privato (purché fossero società commerciali e avessero determinati requisiti dimensionali) fossero fallibili; una tesi funzionale che negava la fallibilità delle società che erogassero

Un'ultima regola di condotta esigibile in presenza di una crisi aziendale, ad avviso della scrivente, deve ricavarsi dall'affermazione di principio che anche le società pubbliche sono assoggettabili alle procedure concorsuali.

Tra i soggetti legittimati a presentare un'istanza di fallimento o a presentare una proposta di concordato preventivo c'è senz'altro lo stesso debitore insolvente, ne consegue che, in presenza di una situazione di crisi d'impresa irreversibile, è configurabile il dovere della medesima società pubblica di attivare una procedura concorsuale.

Logica conseguenza di detto assunto è che una società a partecipazione pubblica che abbia eroso il capitale per perdite scendendo al di sotto del limite legale - e, quindi, pur essendo astrattamente legittimata a ricostituire il capitale sociale ex art. 2447 c.c. (rientrando nella prima deroga di cui si è detto al punto precedente)- prima di deliberare una riduzione del capitale con un contestuale aumento del capitale stesso fino al minimo legale (la c.d. altaletta), dovrebbe ponderare attentamente di non versare in una situazione di crisi tale da imporre l'attivazione di una procedura concorsuale.

Il legislatore in maniera chiara, con un comma *ad hoc*, liquida un ampissimo dibattito che c'è stato in seno alla magistratura ordinaria circa la fallibilità o meno delle società *in house* (12). In altri termini, la novella normativa, dunque, risolve il problema di stabilire se le società *in house* siano o meno soggettivamente fallibili.

Tuttavia, il TU soc. part. pubbl. non indica quali norme delle procedure concorsuali sono "compatibili" con la natura pubblica del socio e, quindi, dà per scontato che la disciplina che regola le fasi dell'accertamento del passivo, della liquidazione dell'attivo e del riparto con successiva chiusura della procedura concorsuale si applichi integralmente a tutte le società a partecipazione pubblica (13).

servizi pubblici essenziali e, infine, una terza tesi che negava la fallibilità delle società *in house*, in buona sostanza, per le stesse ragioni per la quali la Cassazione del 2013 ha riconosciuto la giurisdizione contabile sugli amministratori delle società *in house*.

Per un approfondimento del tema si rimanda alla recentissima sentenza della Cassazione 7 febbraio 2017, n. 3196, in questa rivista con commento di Di Falco, "La Cassazione: si al fallimento delle società partecipate", in *questa Rivista*, n. 4/2017, p. 435.

(13) A mio parere, questa deve essere la conclusione alla luce dell'indicazione contenuta nell'*incipit* del Testo unico: quando non ci sono esprese deroghe si applica la disciplina di diritto comune.

Detto ciò, a parere di chi scrive, applicare *tout court* la normativa sulle procedure concorsuali creerà alcune difficoltà quando il soggetto dichiarato fallito è una società *in house* che eroga servizi pubblici.

Le difficoltà di coordinamento si presenteranno, *in primis*, per la cessazione dell'attività in caso di fallimento salvo che il curatore non proceda con l'affitto di azienda o l'esercizio provvisorio. L'individuazione dell'affittuario, tuttavia, imporrebbe problemi di coordinamento con il codice degli appalti (in quanto l'affitto d'azienda sarebbe un tutt'uno con l'affidamento diretto del servizio); mentre l'ipotesi dell'esercizio provvisorio, di scarsa applicazione pratica, implicherebbe l'ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività di erogazione del servizio. A queste problematiche conseguenti l'assoggettamento delle società *in house* alla procedura concorsuale del fallimento -e che possono ricondursi al più generale tema della sorte del contratto di servizio in caso di fallimento- se ne aggiunge un altro che potrebbe interessare anche il diritto penale. In maggior dettaglio, il TU soc. part. pubbl. configura espressamente l'istituto della "reinternalizzazione" di un servizio affidato ad una società *in house*. Tale facoltà prevista in capo al socio pubblico, in assenza di una disposizione di legge in senso contrario, deve ritenersi sussistere anche quando la stessa versi in uno stato di insolvenza anche se ancora non è stata dichiarata fallita. Ne consegue che il legislatore, prevedendo l'istituto della reinternalizzazione per società "fallibili", di fatto legittima una condotta distrattiva (14).

Concludendo in ordine alla "condotta esigibile" da ultimo esaminata, a parere della scrivente, gli amministratori di una società a partecipazione pubblica, prima che una situazione di crisi di impresa muti in una vera e propria insolvenza, hanno il dovere di valutare l'opportunità di presentare una istanza di ammissione a concordato preventivo con continuazione (scongiurando il rischio che la situazione degeneri a tal punto da essere assoggettati ad una procedura fallimentare).

Si aggiunga che se la società a partecipazione pubblica si attiva tempestivamente, chiedendo di essere ammessa ad un concordato preventivo, detta condotta deve considerarsi nell'interesse dell'ente che partecipa alla società *in house* anche sotto un altro profilo. Infatti, scongiura che all'ente socio venga comminata la sanzione interdittiva prevista dal sesto comma dell'art. 14 cit.:

Art. 14 comma 6:

«Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita».

La lettera della disposizione, a mio avviso, prevedendo una misura interdittiva deve essere interpretata in senso restrittivo; ossia, detta misura interdittiva scatta solo in caso di dichiarazione di fallimento e non in caso di ammissione a concordato preventivo.

(14) L'art. 19, comma 8, fa riferimento al fenomeno della reinternalizzazione in questi termini: «Le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo in società, in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, affidati alle società stesse, procedono, prima di poter effettuare nuove assunzioni, al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della società interessata dal pro-

cesso di reinternalizzazione, mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità di cui all'articolo 30 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale. Il riassorbimento può essere disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili».