

Diritto e reati societari

Anche le “in house”, in quanto società di capitali, falliscono

di Gian Luca Grossi - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati, Marcello Guerzoni - Studio Pirola Pennuto Zei & Associati

[Corte di Cassazione Civile, Sez. I, sentenza 5 dicembre 2018, n. 5346 \(pubblicata il 22 febbraio 2019\)](#)

Parole chiave: società di capitali con partecipazione pubblica - partecipazioni possedute da enti pubblici - natura della società - disciplina speciale - disciplina ordinaria società di capitali - fallimento

Massima: *“La scelta del Legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, in ogni caso comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto e attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità”.*

Disposizioni applicate: art. 1 L.f..

La sentenza in commento offre un interessante spunto per verificare lo “stato dell’arte” in merito al tema, invero assai dibattuto negli ultimi anni, della **disciplina applicabile alle così dette società “in house”**, ossia a quelle persone giuridiche che pur avvalendosi del veicolo societario privatistico (società di capitali) sono partecipate da comuni, enti comunali ovvero da soggetti pubblici e sulle quali questi ultimi esercitano un “controllo analogo” (al fine di consentire al socio pubblico di esercitare un’influenza dominante sulla società). A ben vedere la questione oggetto di maggiori discussioni, tuttora non sopite, riguarda(va) la fallibilità o meno di tali peculiari società.

Nella fattispecie **il Tribunale di Pescara dichiarava il fallimento, su domanda del liquidatore, di una società partecipata da diversi comuni**. La **Corte d’Appello**, in sede di reclamo ex art. 18 L.F., **revocava il fallimento della società** (per la sua natura di “in house”) stante, ad avviso della Corte territoriale, la **“non assoggettabilità di un simile tipo sociale a fallimento per essere la società in qualche misura parificabile agli enti pubblici”** (l’art. 1 L.F., infatti, esclude espressamente dal suo ambito di applicazione gli enti pubblici). La Curatela del fallimento ricorreva quindi per Cassazione sulla base di un unico motivo: la violazione e falsa applicazione dell’art.1 c. 1 L.F. e dell’art. 4 della legge n. 70 del 1975, considerata l’alterità soggettiva della società *in house* rispetto agli enti pubblici partecipanti.

Com'è noto i caratteri salienti di tale figura sono *i)* la **partecipazione integrale da parte di enti pubblici**, con impossibilità di cedere le quote a terzi; *ii)* lo **svolgimento di attività solo in favore dei soci-pubblici** e *iii)* il **cd. "controllo analogo"** (cfr. in particolare **art. 16 D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175** Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica). La *in house*, è stato detto, non è altro che una **"longa manus della Pubblica Amministrazione"**, ragion per cui, come più volte ribadito dalla Giurisprudenza Costituzionale, **l'affidamento in regime di "delegazione interorganica"** costituisce **"un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica"** (cfr. Corte Costituzionale 20 marzo 2013, n. 46).

Orbene, la Prima Sezione, ai fini della risoluzione della questione di diritto ad essa sottoposta, richiama in *primis* l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui la società di capitali a partecipazione pubblica **"non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici (Comune, Provincia e simili) ne posseggano le partecipazioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della società medesima, la persona dell'azionista, dato che la società, quale persona giuridica privata, opera comunque nell'esercizio della propria autonomia negoziale"** (cfr. Cassazione, SS. UU., 15 aprile 2005 n. 7799). Tale opinione, è bene ricordarlo, si è consolidata nella Giurisprudenza di Legittimità, secondo la quale **l'applicazione delle regole di diritto comune trovano "fondamento nell'incontestabile rilievo che il rapporto tra società ed ente pubblico è di assoluta autonomia"** (cfr. Cassazione 27 settembre 2013, n.22209), comprovata **dall'impossibilità per il Comune di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo** (e sull'attività dell'ente collettivo) mediante poteri autoritativi e/o discrezionali.

Al fine di sottolineare siffatta alterità (società/ente pubblico) la Cassazione, in commento, ricorda l'insegnamento del Consiglio di Stato secondo il quale il **"controllo analogo esercitato dall'amministrazione sulla società partecipata ... deve consentire all'azionista pubblico di svolgere un'influenza dominante su quest'ultima ... e tuttavia questa relazione interorganica non incide affatto sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica, dovendosi mantenere infine pur sempre separati i due enti – quello pubblico e quello privato societario ... in quanto la società in house rappresenta pur sempre un centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverse dall'ente partecipante"** (Cfr. Consiglio di Stato, Sez V, 29 maggio 2017 n. 2533).

Appurato quindi come la natura di società *in house* non incida sulla personalità giuridica e sui caratteri ontologici dell'ente societario, prosegue la Cassazione osservando come la stessa **non comporta nell'ambito dell'ordinamento nazionale "alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, nel senso che la posizione dei comuni all'interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito"**.

Tale considerazione, a ben vedere, è prodromica e determinante anche ai fini dell'ulteriore passaggio della Corte, ossia dell'applicabilità della disciplina fallimentare. La Prima Sezione precisa infatti come l'art. 1 L.F. **"esclude dall'area della concorsualità gli enti pubblici, non anche le società pubbliche. Per queste trovano applicazione le norme del codice civile ... nonché quelle sul fallimento, sul concordato preventivo"**. *Invero, la scelta del Legislatore di realizzare*

*determinate attività di interesse pubblico tramite lo strumento privatistico delle società capitalistiche “**comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall’ordinamento ... che impone parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato**”.*

La Corte, affermati tali principi, ha così accolto il ricorso della Curatela del fallimento, cassando con rinvio la sentenza della Corte d’Appello.



Master di specializzazione

DIRITTO E CONTENZIOSO SOCIETARIO

Scopri le sedi in programmazione >