



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FROSINONE

SENTENZA N. 4 / 15
FALL. N. 4 / 15
CRON. N. 114 / 15
REP N. 188 / 15

riunito in camera di consiglio e composto da

dott. Tommaso Sebastiano SCIASCIA

Presidente

dott.ssa Gemma CARLOMUSTO

Giudice

dott.ssa Simona DI NICOLA

Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

avente ad oggetto la dichiarazione di fallimento della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione con sede legale in Frosinone (FR) alla Piazza Gramsci n. 13 (partita iva e codice fiscale 02384780603);

letto il ricorso depositato in data 7 novembre 2014 da FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione in persona del Presidente del Collegio dei Liquidatori (n. 328/14 Reg. Ist. Fallim.) sulla base della previsione dell'art. 6 l. Fall. che disciplina la legittimazione del debitore a presentare ricorso per la dichiarazione del proprio fallimento;

dato atto che la società istante ha ottemperato agli obblighi di cui all'art. 14 l. fall.;

udito il relatore e a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 27.01.2015;

dato atto che si è proceduto all'audizione della società debitrice in persona del Presidente del Collegio dei Liquidatori a mente dell'art. 15 l. fall.;

premesso, come noto, che ai sensi dell'art. 9, comma 1, L.F. competente a dichiarare il fallimento è il tribunale del luogo dove l'imprenditore commerciale privato ha la sede principale dell'impresa;

premesso, altresì, che il predetto criterio di radicamento della competenza territoriale deve essere inteso in senso funzionale rispetto alla effettività e proficuità dell'attività di gestione concorsuale del dissesto, per cui nel caso di società in liquidazione la sede principale deve essere individuata nel luogo in cui si svolge l'attività liquidatoria, il quale, per presunzione semplice, coincide con la sede legale della medesima società (*ex plurimis* Cass. 14 settembre 2004, n. 18535);

rilevato che, come da visura camerale in atti, la sede legale della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione – ove del tutto plausibilmente, in mancanza di risultanze contrarie, si svolge l'attività liquidatoria – si trova in Frosinone (FR) alla Piazza Gramsci n. 13, comune ricompreso nel circondario di questo Tribunale;

rilevato che l'art. 6 l. fall. riconosce la legittimazione a presentare la domanda di fallimento anche al debitore stesso e che, trattandosi nel caso di specie di società in liquidazione, la legittimazione attiva a

chiedere il fallimento spetta al liquidatore (nella specie al Presidente del Collegio dei Liquidatori) della società della quale cura l'attività di liquidazione, che è legittimato, fin dall'atto dell'iscrizione della sua nomina nel registro delle imprese e fino alla sua eventuale definitiva sostituzione anche in caso di sue dimissioni (c.d. regime di *prorogatio*: cfr. App. Torino, 4 ottobre 2009; Trib. Milano, 31 maggio 2012);

rilevato che, in ragione degli elementi costitutivi fattuali allegati dalla società ricorrente e delle emergenze di cui alla documentazione versata in atti, la società FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione è società di capitali partecipata interamente da enti pubblici, in ragione di un capitale sociale così ripartito: 49% alla società SVILUPPO LAZIO s.p.a. (società controllata dalla Regione Lazio e che con essa opera in regime di in-house providing: cfr. premesse della Deliberazione della Giunta Regionale del Lazio del 13.03.2014, n. 122, allegata al verbale di assemblea dei soci della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione del 27.03.2014), 20% all'Amministrazione Provinciale di Frosinone, 20% al Comune di Frosinone e 11% al Comune di Alatri (cfr. visura camerale in atti);

rilevato che a mente di quanto stabilito dall'art. art. 1, comma 1, l. fall., "*sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici*";

ritenuto che proprio in ragione degli elementi costitutivi fattuali sopra richiamati relativamente alla natura e struttura della partecipazione societaria dell'ente collettivo istante, occorra affrontare la questione involgente la qualificazione della società ricorrente quale ente pubblico ovvero privato e conseguentemente in ordine alla tematica della fallibilità delle società a partecipazione pubblica;

osservato che, in materia, esistono due impostazioni ermeneutiche contrapposte, volte rispettivamente ad affermare e a negare la soggezione a procedure concorsuali di società a partecipazione pubblica;

che un primo orientamento favorevole alla possibilità di estendere l'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 1 l. fall. ha mosso i propri argomenti valorizzando il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma, sulla base di una qualificazione casistica, da operarsi caso per caso, e avendo riguardo al carattere strumentale o meno dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e all'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario: l'applicazione analogica dell'art. 1, l. fall., ad un ente formalmente privato avviene sulla base di una riqualificazione pubblicistica operata in via interpretativa, inferendo dai c.d. "indici esteriori sintomatici della pubblicità", individuati di volta in volta nella costituzione ad iniziativa pubblica, nella nomina o designazione pubblica degli organi, nello scioglimento ad iniziativa pubblica, nella sottoposizione ad amministrazione straordinaria, nel controllo pubblico sul bilancio preventivo e sul conto consuntivo, o sullo statuto, o sul regolamento organico, nel finanziamento pubblico e nella titolarità dell'ente di potestà pubblicistiche;

che ostano alla condivisibilità di detta impostazione tanto il principio generale, tuttora vigente, stabilito dalla L. n. 70 del 1975, art. 4, che, nel prevedere che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, evidentemente richiede che la qualità di ente pubblico, se non attribuita da una espressa disposizione di legge, debba quantomeno potersi desumere da un quadro normativo di riferimento chiaro ed inequivoco, quanto alcuni aspetti di criticità rilevati da larga parte della dottrina: a) per un verso, non si comprende quali siano le norme di diritto societario, derogate le quali, una società per

azioni da ente privato possa dirsi pubblico; b) per altro verso, è criticabile ritenere la "residualità" cui viene ricondotta dall'impostazione in parola la figura dell'ente pubblico rispetto a quella della società per azioni (la prima in quanto ricavata "a contrario" dalle deviazioni al regime tipico della seconda); che altro contrario orientamento, valorizzando la concreta disciplina applicabile all'ente, secondo un approccio "funzionale", e ritenendo applicabile contestualmente tanto le disposizioni di diritto pubblico, qualora espressamente previste, quanto quelle di diritto privato, in assenza di diverse previsioni, quando non vi sia ragione di derogare ad esse in considerazione degli interessi protetti, sostiene che l'esenzione dal fallimento di cui all'art. 1, l. fall. (intesa a sua volta come effetto della "necessità" dell'ente, ancorata al dato dell'erogazione di un servizio pubblico essenziale, rispetto al quale, se intervenisse la dichiarazione di fallimento, si avrebbe un'inammissibile, sostituzione dell'autorità giudiziaria ordinaria all'autorità amministrativa nell'esercizio di poteri e facoltà di carattere pubblicistico, quali la decisione in ordine alla continuità o meno nella gestione del servizio) viene considerata quale norma posta a garanzia della continuità di una determinata funzione pubblica e, come tale, suscettibile di applicazione analogica nei confronti di società per azioni, allorché queste ultime siano destinate allo svolgimento di attività che abbiano rilievo pubblicistico;

che in senso critico è stato tuttavia osservato, per un verso, che detta teoria presuppone una lacuna nell'ordinamento che comporterebbe la "necessità di tutelare l'interesse pubblico mediante l'esenzione dal fallimento", ma non appare corretto supporre l'esistenza di tale lacuna, mentre la continuità dell'attività e l'esigenza di cura di interessi pubblici (soprattutto, con riferimento alla materia dei servizi pubblici locali) dovrebbero ad oggi ritenersi garantite da specifiche discipline, che prescindono dall'applicazione di istituti di privilegio quali l'esenzione dal fallimento con la conseguenza che non vi sarebbe fondamento alcuno per sostenere un'applicazione analogica dell'art. 1, l. fall.; per altro verso, rispetto al requisito della necessità, è stato rilevato che a voler fondare l'esenzione dal fallimento sul contenuto e sulle caratteristiche dell'attività esercitata si dovrebbe prospettare - al di fuori di ogni previsione normativa - l'esclusione dal fallimento anche per soggetti sicuramente privati che erogano, ad esempio in forza di una concessione, un servizio pubblico; ancora, è stato opinato che non esiste un'incompatibilità ontologica fra erogazione di servizi pubblici essenziali e sottoposizione a fallimento in quanto l'esercizio provvisorio dell'impresa ex art. 104 l. fall., può essere visto quale "strumento temporaneo per non interrompere la gestione finché l'ente locale non provveda a nuove modalità di affidamento del servizio, con gara o mediante autoproduzione" (in tale prospettiva si è posta anche, recentemente, la Suprema Corte con la sentenza 22209 del 27 settembre 2013 negando, di fatto, il diverso indirizzo dottrinario per il quale una simile ipotesi non sarebbe praticabile sulla base della considerazione che l'esercizio provvisorio sarebbe legato esclusivamente all'interesse dei creditori del fallito, con la conseguenza che il Tribunale non potrebbe disporlo per garantire la continuità della prestazione del pubblico servizio, laddove ciò possa pregiudicare l'interesse dei creditori alla massimizzazione della loro percentuale di riparto e dividendo, invece, la tesi secondo cui nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita);

rilevato che in materia è intervenuta di recente la Suprema Corte di Cassazione, la quale nella richiamata sentenza 22209/13 ha valorizzato, ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, non il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto ed ha sottolineato le ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica, affermando, secondo una impostazione condivisa da questo Tribunale, che *"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 - 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, ed 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"*;

che ancora più di recente, con sentenza resa a Sezioni Unite in data 25/11/2013, n. 26283, la quale sebbene volta a dirimere il contrasto ermeneutico in materia di riparto di giurisdizione in ordine alla responsabilità degli organi societari per i danni arrecati al patrimonio sociale, la Suprema Corte ha fornito ha svolto argomentazioni rilevanti in punto di elementi differenziali tra società a partecipazione pubblica e società c.d. in house providing, specificando che *"quanto alle società a partecipazione pubblica, lungi dal ravvisarsi disposizioni normative che inequivocabilmente attribuiscano loro la qualifica di ente pubblico, s'è già visto come il legislatore si sia preoccupato a più riprese di ribadire, in via generale e fatta salva l'applicazione di singole regole speciali, l'assoggettamento alla disciplina dettata dal codice civile per le società di diritto privato, con le già richiamate conseguenze in punto di riparto di giurisdizione (solo in presenza di società di fonte legale, regolate da una disciplina sui generis di chiara impronta pubblicistica, quale ad esempio la Rai, è parso necessario pervenire a conclusioni diverse: si vedano Sez. un. 22 dicembre 2009, n. 27092). Nelle considerazioni ora svolte assume un ruolo centrale, come s'è già sottolineato, la distinzione tra la società di capitali (soggetto di diritto privato) ed i propri soci (ancorché eventualmente pubblici). Distinzione che - è appena il caso di ricordarlo - in via di principio non vien meno neppure nell'eventualità in cui la società sia unipersonale ed il capitale sociale appartenga quindi ad un unico socio, in base alle regole di matrice comunitaria introdotte nel nostro ordinamento prima per le sole società a responsabilità limitata e poi anche per le società azionarie. E' proprio partendo da questo profilo che si manifesta, però, la necessità di un'ulteriore riflessione quando ci si trovi in presenza di quel particolare fenomeno giuridico, al quale si è già dovuto far cenno all'inizio di questa sentenza, che ha trovato ampia diffusione negli ultimi decenni e che va sotto il nome di in house providing"*;

osservato che proprio nella richiamata pronuncia a Sezioni Unite gli ermellini ribadiscono i caratteri peculiari e sintomatici della fattispecie della società c.d. in house, di cui al comma 13 dell'art. 4 della l. 14 settembre 2011, n. 148 e al comma 4 dell'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti a locali (D.Lgs. n. 267 del 2000), come riformulato dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269, art. 14, (convertito con modificazioni dalla L. 24 novembre 2003, n. 326), che, in presenza di determinate condizioni, consente espressamente l'affidamento di servizi pubblici, anziché ad imprese terze da individuare mediante procedure di evidenza pubblica, a società di capitali costituite per quello scopo e partecipate totalitariamente da soci pubblici, purché esse realizzino la parte più importante della propria attività con

l'ente o con gli enti che le controllano e purchè questi ultimi esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

rilevato che tre sono i connotati o requisiti qualificanti della società "in-house" delineati dall'ordinamento: a) la natura esclusivamente pubblica dei soci; b) l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; c) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici (c.d. controllo analogo) e che per poter parlare di "società in house", è necessario che detti requisiti sussistano tutti contemporaneamente e che tutti trovino il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale;

osservato che, quanto al primo requisito della "natura esclusivamente pubblica dei soci", rilevano i seguenti presupposti: 1) ove il capitale sociale della società appartenga a una pluralità di soci è comunque necessario che si tratti sempre di soci pubblici (in tal senso la Corte di giustizia Europea del 10 settembre 2009, n. 573/07, Sea, e 13 novembre 2008, n. 324/07, Coditel Brabant, e la conforme giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato: cfr. *ex plurimis* sentenze nn. 7092/10 ed 8970/09); 2) occorre che lo statuto societario inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari;

che, quanto al secondo requisito relativo alla "prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società", pur presentando un qualche margine di elasticità, esso postula in ogni caso che l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi (con la precisazione che, come puntualizzato da Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439 anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria - si veda, in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia 11 maggio 2006, n. 340/04, Carbotermo -, non si tratta di una valutazione solamente di tipo quantitativo, da operare con riguardo esclusivo al fatturato ed alle risorse economiche impiegate, dovendosi invece tener conto anche di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga); detto altrimenti, l'eventuale attività accessoria, oltre ad essere marginale, deve rivestire una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio d'interesse economico generale svolto dalla società in via principale;

che, quanto al terzo requisito del cosiddetto "controllo analogo", quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società "in-house", i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica, con la precisazione dirimente che l'espressione "controllo" non implica la mera influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali, trattandosi, invece, di un potere autoritativo di carattere pubblicistico, un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale (si vedano, in tal senso, le chiare indicazioni di Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, e della conforme giurisprudenza amministrativa che ne è seguita);

osservato che, nella riflessione della giurisprudenza di legittimità richiamata, viene in rilievo che, oltre all'assenza di causa lucrativa della società in-house (società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato), che costituisce fattore anomalo rispetto al panorama del diritto societario e ai tratti salienti delle società di capitali (anomalia che tuttavia sarebbe ancora giustificabile argomentando su un contesto storico nel quale la causa lucrativa delle società di capitali è andata via via sbiadendosi in favore di una concezione che vede in quelle società dei modelli organizzativi utilizzabili per scopi diversi), ciò che davvero connota e mal concilia la società in-house con la configurazione tipica della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è proprio l'effetto della presenza del terzo requisito del "controllo analogo" sulla società a caratterizzarla, poichè implica la totale assenza di un potere decisionale proprio della società e dei suoi organi, in conseguenza del totale assoggettamento di questi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale (cfr. Cass. Civ., sez. un., 25/11/2013, n. 26283); al riguardo la Corte precisa che benchè il fenomeno della eterodirezione di società non sia sconosciuto al diritto societario, e che anzi, dopo la riforma attuata col D.Lgs. n. 6 del 2003, esso ha trovato esplicito riconoscimento nell'art. 2497 c.c. e segg., il potere di direzione e coordinamento spettante all'ente capogruppo attiene all'individuazione delle linee strategiche dell'attività d'impresa non coincide né va confuso con il "controllo analogo" che l'ente pubblico esercita sulla società in-house; infatti *"nei gruppi societari il potere di direzione e coordinamento spettante all'ente capogruppo attiene all'individuazione delle linee strategiche dell'attività d'impresa senza mai annullare del tutto l'autonomia gestionale della società controllata. Gli amministratori di quest'ultima sono perciò tenuti ad adeguarsi alle direttive loro impartite, ma conservano nondimeno una propria sfera di autonomia decisionale (giacchè, pur con gli adattamenti resi necessari dall'esser parte di un gruppo imprenditoriale più vasto, continua ad applicarsi alla singola società il disposto dell'art. 2380 bis c.c., comma 1) nè, soprattutto, essi possono prescindere dal valutare se ed in qual misura quelle direttive eventualmente comprimano in modo indebito l'interesse della stessa società controllata: interesse di cui sono garanti ed in virtù del quale hanno il dovere, se del caso, di discostarsi da direttive illegittime. La disciplina della direzione e del coordinamento dettata dal citato art. 2497 e segg., insomma, è volta a coniugare l'unitarietà imprenditoriale della grande impresa con la perdurante autonomia giuridica delle singole società agglomerate nel gruppo, che restano comunque entità giuridiche e centri d'interesse distinti l'una dalle altre. Altrettanto non sembra potersi dire invece per la società in house, sia per la già ricordata subordinazione dei suoi gestori all'ente pubblico partecipante, nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso, sia per l'impossibilità stessa d'individuare nella società un centro d'interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera"*;

osservato che, così argomentando, la giurisprudenza di legittimità conclude nel senso che di fronte a una società in house, non ci si trova di fronte ad un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, bensì ad una longa manus della pubblica amministrazione, che ne dispone come fosse una sua articolazione interna, al punto che l'affidamento pubblico mediante in house contract neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.), *"l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri*

dell'amministrazione stessa" (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.) e la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva, sicché l'uso del vocabolo "società" qui serve solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario, ma con la precisazione che di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare perché essa ha della società solo la forma esteriore ma costituisce in realtà una articolazione della pubblica amministrazione da cui promana;

che da tale conclusione discende il logico corollario che la società in-house è annoverabile tra gli enti pubblici per i quali deve operare l'esenzione dal fallimento di cui all'art. 1 l. fall., condividendo la natura pubblica dell'amministrazione dalla quale promana;

ritenuto che, applicate le suesposte coordinate interpretative al caso di specie, non si versi in una ipotesi di esenzione dal fallimento di cui all'art. 1 l.fall., non potendosi riconoscere alla società FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione la natura di società in-house e quindi di ente pubblico, nel senso specificato, bensì quella di società a partecipazione pubblica, in quanto, nonostante l'attività alla quale la sua costituzione è stata funzionale sia lo svolgimento di servizi pubblici (cfr. art. 4 dello statuto, in atti) e l'occupazione di lavoratori socialmente utili in carico al Comune di Frosinone, alla Provincia di Frosinone e al Comune di Alatri (cfr. ricorso, p. 2), difetta per un verso il presupposto della previsione statutaria del divieto assoluto di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari e per altro verso e in via dirimente il requisito del "controllo analogo" degli enti partecipanti sulla società;

in particolare, osservato che 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 e l'unico socio 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 e che 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, salva ovviamente, il caso in cui non svolgano un'attività commerciale (cfr. App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57);

rilevato che la società FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. è stata costituita con atto pubblico a rogito notaio Piacitelli (rep. n. 58937 – racc. n. 12115) del 04.03.2005 anziché con legge, come prescriverebbe l'art. 4 della già richiamata L. n. 70 del 1975;

esaminati lo Statuto societario e i verbali delle assemblee dei soci versati in atti, non è data rinvenire norma o previsione statutaria alcuna che attribuisca ai soci, tutti enti pubblici, uno specifico potere autoritativo o di controllo sulle strategie e sulla direzione societaria tale da imporre agli organi amministrativi della

società le linee strategiche e le scelte operative ponendoli in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica, derogando di tal guisa alle disposizioni civilistiche relative all'iter di formazione delle decisioni dell'organo assembleare e attribuendo a ciascun socio pubblico un potere di comando sulla gestione dell'ente di intensità tale da travalicare i confini e i limiti dei diritti e delle facoltà che normalmente spettano al socio in base alle regole dettate dal codice civile; viceversa, le disposizioni di cui agli artt. 7 e seguenti dello Statuto, la disciplina dell'iter decisionale dell'ente collettivo è regolamentata mediante la posizione centrale che all'uopo viene attribuita all'assemblea dei soci (artt. 8 e 20), all'interno della quale ciascun socio, avvalendosi delle facoltà che gli sono proprie in virtù della vigente normativa in materia di società per azioni (fra cui, primariamente il richiamo espresso all'art. 2449 cod. civ., in materia di nomina dei rappresentanti delle parti pubbliche e la previsione di cui all'art. 36 che, per quanto non espressamente previsto nello Statuto fa riferimento espresso alle vigenti norme del codice civile e delle leggi speciali in materia), esercita i propri diritti; conformemente alle previsioni statutarie, quindi, gli azionisti pubblici hanno esercitato sempre e soltanto in sede assembleare le loro facoltà di indirizzo della gestione societaria, nei limiti delle rispettive possibilità e del peso che ciascuno vanta rispetto alla quota di capitale sociale posseduto, con la conseguenza che ove fosse difettato il raggiungimento del quorum deliberativo statutariamente previsto non si era potuto procedere ad assumere decisioni di primario rilievo per la stessa vita sociale (in via esemplificativa cfr. verbale di assemblea del 27.07.2012: *"Il dott. Lombardi chiede, però, ai soci indicazioni più precise circa il futuro della società, in relazione al fatto che il 31 luglio scadono le proroghe sui contratti in essere. Il Sindaco del Comune di Frosinone fa notare che, in termini giuridici i Comuni di Frosinone e di Alatri non possono dare indicazioni concrete poiché rappresentano la minoranza degli azionisti: appena il 31% del capitale sociale....il Presidente prende atto delle dichiarazioni dei sindaci e riferisce che il collegio dei liquidatori assumerà le conseguenti decisioni"*; verbale di assemblea del 08.07.2013: *"Prende la parola il Dott. Pinto, il quale, a nome del collegio sindacale rimarca, ancora una volta l'ormai cronica assenza dalle assemblee dei soci dell'azionista di maggioranza relativa allo Sviluppo Lazio s.p.a., titolare del 49% del capitale sociale e, in particolare, nell'assemblea di quest'oggi chiamata a deliberare sul bilancio 2012. Ciò è ancor più grave e preoccupante - egli osserva - ove si pensi che continuando a mancare quel necessario confronto tra tutti i soci non si adottano delibere concertate e condivise, né si forniscono indicazioni sulle azioni da intraprendere né ci si esprime collegialmente sulla copertura delle perdite subite, che hanno raggiunto importi considerevoli"*; delibera della Giunta della Regione Lazio del 13.03.2014 n. 122 con la quale la Regione Lazio manifesta la volontà di concorrere ai costi della liquidazione della società nei limiti della quota di competenza subordinatamente al concorso agli oneri da parte degli altri soci e al pagamento da parte di questi dei corrispettivi per i servizi fruiti entro un termine congruo e tassativo);

dagli stessi documenti si evince sotto altro profilo che l'organo amministrativo non è assoggettato ad alcun potere gerarchico né i suoi poteri gestionali o decisionali appaiono sviliti dalle facoltà direttive dell'assemblea dei soci, avendo per un verso ottenuto ampia facoltà di scelta e decisione in ordine alla procedura di scioglimento e liquidazione della società deliberata dall'assemblea, pur seguendo la linea di indirizzo del perseguimento dell'obiettivo della conservazione del valore dell'impresa in funzione del miglior valore di realizzo di essa, realizzabile mediante esercizio provvisorio e cessione di azienda o di singoli rami di azienda o di singoli beni o diritti (cfr. verbale di assemblea straordinaria del 03.08.2011 con il quale è stata deliberata la messa in liquidazione della società): trattasi invero di linee di azione a

carattere generale che ampio margine di discrezionalità lasciava all'organo amministrativo; né la mera circostanza che la natura pubblica dei soci o la dedizione della società allo svolgimento di funzioni socialmente utili esclusivamente in favore degli soci medesimi è valsa a determinare uno sviamento dalle ordinarie regole civilistiche in tema di formazione della volontà dell'ente collettivo; ne consegue che nessun elemento sintomatico è dato rinvenire in atti che valga a ritenere sussistente l'indefettibile requisito del controllo analogo;

ribadito che affinché possa parlarsi di società in house providing tutti e tre i requisiti sopra enumerati devono essere contestualmente presenti, sicché ove soltanto uno ne manchi, non potrà dirsi integrata la relativa fattispecie, come nel caso che occupa;

rilevato, sotto altro profilo, che lo statuto societario non prevede alcuna clausola derogatoria alla disciplina di diritto comune relativa alla circolazione delle azioni di cui agli artt. 2355 e 2355 bis cod. civ., incluse tra le norme cui espressamente l'art. 5 ult. co. rinvia in punto di applicazione; che oltre al difetto di una espressa previsione che vieti la cessione di azioni a privati da parte degli azionisti pubblici, nella delibera della Giunta della Regione Lazio del 13.03.14, n. 122, l'Ente controllante la società in house Sviluppo Lazio s.p.a., ha autorizzato espressamente quest'ultima a cedere la propria partecipazione sociale nella Frosinone Multiservizi s.p.a. senza specificazione alcuna, invero, di una clausola preclusiva alla cessione a privati; dal che deve inferirsi che tale divieto – non espressamente previsto per statuto – non possa dirsi esistente;

ritenuto, per quanto sopra, di valorizzare quella giurisprudenza, civile ed amministrativa (ribadita anche dalla già citata pronuncia della Sezione I della Cassazione n. 22209/13 e non disattesa dalle Sezioni Unite n. 26283/13), per la quale la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile, sicché le società di capitali con partecipazione pubblica non mutano la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggono le azioni, in tutto o in parte, laddove gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra società ed ente locale non si risolvono in quelli autoritativi di diritto pubblico spendibili nell'organizzazione diretta dell'ente, avvalendosi piuttosto l'ente unicamente degli strumenti propri del diritto societario, da esercitare in sede di assemblea dei soci a mezzo dei rappresentanti di parte pubblica all'uopo nominati e presenti negli organi della società (Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Tar Sicilia, Catania III, 13 agosto 2002, n. 1446; Tar Veneto, I, 4 aprile 2002, n. 1234); valorizzato l'argomento per il quale invero, la legge non prevede *"alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale. La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società... avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società"* (così, Cass.civ., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799);

ritenuto che il contemperamento fra tutela dei creditori e necessità di efficiente gestione del servizio non va cercato nell'applicazione di istituti di privilegio, tipicamente previsti per enti pubblici, che operano sul

piano dell'attività (come l'esenzione dal fallimento) e che pertanto la FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione, in quanto società di capitali, sia imprenditore collettivo non esente da fallimento;

osservato che ai fini dell'assoggettabilità alla procedura concorsuale l'art. 1 l.fall. richiede che il soggetto, esclusa la natura di ente pubblico, possa ritenersi impresa commerciale, tenuto conto dell'oggetto sociale esercitato nonché delle concrete modalità di gestione dell'attività;

osservato che la natura commerciale (art. 2195 cod.civ.) dell'attività imprenditoriale non va identificata con lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo), il quale non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo piuttosto individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo) (cfr. di recente, Cass. Civ., sez. I, 24.03.2014, n. 6835);

ritenuto che, nella fattispecie, possa essere riconosciuta in capo alla società ricorrente FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione la qualifica di società esercente una attività commerciale, nonostante il ricorso esponga che essa non abbia avuto "vocazione commerciale", atteso che:

- l'art. 33 dello Statuto societario prevede che "gli esercizi sociali si chiudono il 31 dicembre di ogni anno. Gli utili netti risultanti in bilancio, dedotto almeno il 5% (cinque per cento) da destinare a riserva legale fino a che questa non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale, verranno ripartiti tra i soci in misura proporzionale alla partecipazione azionaria da ciascuno posseduta, salvo che l'assemblea non deliberi ulteriori accantonamenti a fondi di riserva straordinaria";
- i servizi resi dalla società in favore dei soci pubblici avvenivano dietro prestazione di corrispettivo e per i quali veniva emessa regolare fattura;
- il servizio reso dalla società ricorrente veniva svolto anche da altri soggetti cui, ad esempio, il Comune di Alatri aveva affidato i medesimi servizi, sicchè l'attività veniva svolta non in regime di monopolio (cfr. verbale assemblea soci del 27.07.2012);

ritenuto che la previsione statutaria costituisca un elemento probatorio di decisiva importanza ai fini della valutazione della natura commerciale della società, laddove nessun elemento probatorio viene positivamente offerto dal ricorrente a comprovare il contrario: invero al nota depositata dal Collegio dei liquidatori all'udienza del 27.01.15 rappresenta una mera dichiarazione unilaterale e autoreferenziale, nulla apportando sotto il profilo probatorio in ordine alla consistenza – comparativamente valutabile – dei prezzi in uso per i servizi resi; ritenuto quindi che la presunzione di commercialità conseguente al dato statutario non sia superata da alcun contrario elemento di riscontro, non risultando all'uopo sufficiente la mera dichiarazione del Collegio dei Liquidatori che la società operasse "sotto costo" (nella consapevolezza e nell'affidamento sui benefici fiscali e sulle provvidenze pubbliche che le venivano elargite) ove non supportata da concreti elementi di comparazione e riscontro; consegue a quanto esposto che va riconosciuta alla FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione natura di imprenditore commerciale;

ritenuto che la FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione, per quanto sopra diffusamente esposto, sia pertanto assoggettabile a fallimento ex art. 1, comma 1, L.F.;

rilevato, altresì, che la società debitrice non ha dimostrato il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità di cui all'art.1 del R.D. 16 marzo 1942, n.267, come modificato dall'art.1 del decreto L.vo 9 gennaio 2006, n.5 e poi dal decreto legislativo n.169/2007; che, infatti, l'art.1 stabilisce: *“Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma (esercenti una attività commerciale), i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila”*

rilevato che, tuttavia, i requisiti sono tra di loro alternativi, sicché il debitore per evitare il fallimento deve provare l'insussistenza di tutti i parametri fissati dalla legge;

rilevato, inoltre, che, escluso un diritto del debitore a fallire, nell'ambito di una ricostruzione interpretativa coerente con il sistema delineato dalla nuova formulazione dell'art. 1 L.F. (come novellato dall'art. 1, comma 1, del D.lgs. 12 settembre 2007 n. 169), anche al fine di prevenire ipotesi di abuso del diritto, anche ove la domanda di fallimento venga presentata dal debitore, è onere di questi dimostrare tanto il possesso dei requisiti comuni di fallibilità (e quindi la qualità di imprenditore non pubblico commerciale) quanto l'inesistenza di anche uno soltanto dei requisiti soggettivi previsti dalle lettere a), b) e c) del predetto art. 1, comma 2, L.F., quali fatti positivi costitutivi della sua domanda di accesso alla procedura concorsuale;

rilevato che, come risulta dal bilancio di esercizio della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione chiuso al 31.12.2011, prodotto dalla società ricorrente, risulta un totale dell'attivo patrimoniale pari a euro 2.605.495 e dei debiti scaduti iscritti in bilancio (lettere C+D dello stato patrimoniale) pari ad € 3.703.069,62;

rilevato che, come risulta dal bilancio di esercizio della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione chiuso al 31.12.2012, prodotto dalla società ricorrente, risulta un totale dell'attivo patrimoniale pari a euro 2.460.675 e dei debiti scaduti iscritti in bilancio (lettere C+D dello stato patrimoniale) pari ad € 4.394.697;

rilevato che, come risulta dal bilancio di esercizio della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione chiuso al 31.12.2013, prodotto dalla società ricorrente, risulta un totale dell'attivo patrimoniale pari a euro 1.955.347 e dei debiti scaduti iscritti in bilancio (lettere C+D dello stato patrimoniale) pari ad € 5.161.683;

rilevato che, come risulta dalla situazione patrimoniale economica e finanziaria della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione al 31.12.2014, prodotta dalla società ricorrente all'udienza del 27.01.2015, risulta uno squilibrio tra il totale delle attività pari a euro 9.319.277,21 il totale delle passività pari a euro 9.387.532,50;

rilevato, quindi, che risultano superate almeno due delle soglie dimensionali di fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, l. fall., e segnatamente quelle di cui alle lett. a) e c) e ritenuto, pertanto, insussistenti in capo alla FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione le condizioni per l'esenzione da fallimento;

rilevato che, come da consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, "*quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 della legge fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto - non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci - non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte. (Rigetta, App. Perugia, 11/06/2008)*" (Cass. civ., Sez. I, 14/10/2009, n. 21834; conformi Cass. civ. Sez. I, 30/05/2013, n. 13644; Cass. civ. Sez. VI Ordinanza, 13/07/2011, n. 15442; Cass. civ. Sez. I, 17/04/2003, n. 6170; Cass. 13 luglio 2011, n. 15442);

osservato nella specie che dai bilanci prodotti in atti e in particolare dal bilancio chiuso al 31.12.2013 (il più prossimo) emerge che l'attivo patrimoniale è costituito in maniera preponderante da crediti per euro 1.747.537, oltre a immobilizzazioni materiali per euro 17.469 e disponibilità liquide per appena euro 190.341, il tutto a fronte di un passivo iscritto a bilancio per debiti (lett. D dello stato patrimoniale) di euro 5.157.344;

che dall'esame comparato dei bilanci relativi agli anni di esercizio precedenti emerge che l'ammontare delle poste debitorie è andato incrementando nel 2013 rispetto agli anni precedenti (nel 2012 i soli debiti ammontavano a euro 4.264.850 e nel 2011 a euro 3.702.938) mentre le poste dell'attivo patrimoniale è andato diminuendo (nel 2012 ammontava a euro 2.460.675 e nel 2011 a euro 2.605.495);

che la situazione patrimoniale economica e finanziaria della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione al 31.12.2014, prodotta dalla società ricorrente all'udienza del 27.01.2015, evidenzia uno squilibrio tra il totale delle attività pari a euro 9.319.277,21 e il totale delle passività pari a euro 9.387.532,50, in guisa da palesare *per tabulas* che il totale dell'attivo patrimoniale non varrebbe – ove concretamente realizzato e acquisito alla società – a coprire integralmente la situazione debitoria complessiva;

osservato peraltro che:

- i crediti in menzione sono crediti risalenti e nel corso degli anni e nei vari bilanci di esercizio, sono stati sempre di relevantissimo importo;
- a fronte di un incremento delle poste debitorie, i loro valori si sono andati riducendo nel 2013 o rimasti quasi invariati nel raffronto tra il 2012 e il 2011 (così nel bilancio al 31.12.2012 ammontavano a euro 2.045.298 e nel bilancio al 31.12.2011 ammontavano a euro 2.045.983);
- tali crediti sono da ricondurre per lo più ai corrispettivi delle prestazioni di servizi resi dalla FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione ai soci pubblici ai quali li erogava sulla base dei contratti di servizio, come dalla stessa ricorrente allegato e comprovato dai verbali di assemblea dei

soci, ove più volte viene lamentato dagli organi amministrativi il mancato pagamento delle fatture emesse;

- dal mese di Giugno 2011 le amministrazioni pubbliche socie hanno peraltro unilateralmente deciso una riduzione dei corrispettivi del 30% anche in relazione ai loro vincoli di bilancio;

tali circostanze portano a ritenere che le appostazioni contabili creditorie siano di difficoltosa riscossione, come comprovato dalla loro costante persistenza nel tempo, e comunque di consistenza complessivamente inidonea allo stato a soddisfare le appostazioni contabili passive della società ricorrente;

osservato inoltre che, ai fini della valutazione dello stato d'insolvenza delle società in liquidazione, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui rileva unicamente accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'uguale ed integrale soddisfacimento dei creditori si applica in caso di liquidazione effettiva della società e non anche quando la compagine societaria sia rimasta inattiva di fatto, senza assumere alcuna iniziativa formale per uscire dal mercato, nel qual caso l'analisi deve avere riguardo invece alla sola capacità dell'impresa di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni (così App. L'Aquila, 15/11/2011, G. C. Fall. G.P. e altri, Fallimento, 2012, 2, 235);

osservato nella specie che dall'esame degli atti e dei documenti di causa emerge che le iniziative volte alla liquidazione della società mediante la cessione dell'azienda o dei rami di azienda non sono andate a buon fine e benché sia stato deliberato lo stato di liquidazione della società con deliberazione del 03.08.2011 e iscritto nel registro delle imprese in data 09.08.2011, la società ricorrente non ha offerto prova dell'avvenuta redazione né del piano di liquidazione né del bilancio di liquidazione (ex art. 2490 c.c.), essendo invece stati continuamente depositati bilanci di esercizio (cfr. visura camerale storica in atti e bilanci depositati);

considerato quindi che:

- gli altri valori dell'attivo patrimoniale sono scarsi e del tutto inadeguati al soddisfacimento delle poste debitorie;
- i debiti per come emergono dai bilanci depositati, superano di gran lunga la soglia di euro 500.000;
- l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è superiore ad euro trentamila, ex art. 15 comma 9 L.F., atteso che a seguito di informazioni ex officio assunte presso l'Agente della Riscossione Equitalia Sud s.p.a., che ha eseguito pignoramento presso terzi su conto corrente della società, è risultata un'esposizione debitoria nei confronti dell'Erario di euro 3.237.885,84 alla data del 17.12.2014;

deve ritenersi che sussistano indizi gravi, precisi e concordanti dello stato di insolvenza della società in liquidazione.

P.Q.M.

visti gli artt. 1, 5, 6, 9, 15 e 16 L.F.,

DICHIARA

il fallimento della FROSINONE MULTISERVIZI s.p.a. in Liquidazione con sede legale in Frosinone (FR) alla Piazza Gramsci n. 13 (partita iva e codice fiscale 02384780603);

NOMINA

La dott.ssa Simona DI NICOLA Giudice delegato alla procedura;

NOMINA

L'Avv. Massimo Diana, con studio in Frosinone, alla via Firenze n. 78, curatore del fallimento;

ORDINA

alla società fallita di depositare in cancelleria entro tre giorni i bilanci, le scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché un elenco dei creditori, ove e per quanto non già eseguito;

STABILISCE

che si procederà all'esame dello stato passivo davanti al Giudice delegato all'udienza del 27 maggio 2015 ore 10.30;

ASSEGNA

ai creditori ed ai terzi che vantano diritti reali o personali su beni in possesso del soggetto fallito il termine perentorio di giorni trenta prima della predetta udienza per la presentazione delle domande.

Così deciso in Frosinone il 27.01.2015

Il Giudice estensore
dott.ssa Simona DI NICOLA

Il Presidente
dott. Tommaso Sebastiano SCIASCIA

TRIBUNALE DI FROSINONE
27 GEN. 2015
DEPOSITATO



R. FIANCANCERIE
C. DI NICOLA
E. DI NICOLA