

ESTRATTO

ISSN 1123-3036

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
di dottrina, giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di Economia e Commercio;
Giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di Giurisprudenza; Economia;
Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicuratve

**Università Commerciale
Luigi Bocconi di Milano**

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di Economia; Giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di Giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di Economia e Commercio

vol. 27, n. 85 (3-2014)



Mucchi Editore

Indice n. 85 (3-2014)

ARTICOLI E SAGGI

Fabrizio Fracchia, La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione pag. 403

Fulvio Cortese, *Social welfare*: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare.... » 457

Brunella Russo, Interventi sul *financial distress*. Aspetti problematici del ruolo delle banche e delle procedure concordate nella crisi d'impresa » 481

IL PUNTO SU

SEZIONE I – Natura e regime giuridico delle società pubbliche..... » 524

SEZIONE II – Spazi di azione per le società strumentali » 535

IL COMMENTO – *Marco Mazzamuto*, Fallibilità o meno delle società *in house* tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE) » 550

Riccardo Ursi, Il cammino disorientato delle c.d. società *in house* » 557

SEZIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Unione Europea » 569

Altre organizzazioni internazionali..... » 577

In evidenza » 583

ARTICOLI E SAGGI

Dario Scarpa, Capitalizzazione e patrimonializzazione in funzione dell'adeguatezza societaria..... » 593

Alessandra Santangelo, Delegation of power to private parties: the issue of standardisation..... » 623

Antonio Donato Coscia, L'elemento oggettivo e l'elemento psicologico della sanzione prevista dall'art. 16, commi 3 e 4, della direttiva 2003/87/CE, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia..... » 649

RECENSIONI

Michele Trimarchi, La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale, Pisa, 2013, di *Fabrizio Fracchia* » 679

NOTE SUI COLLABORATORI..... » 689

IL COMMENTO

Fallibilità o meno delle società *in house* tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (UE).

Marco Mazzamuto

1. La vicenda del ricorso alle società commerciali da parte degli enti pubblici è assai risalente e i termini attuali della questione, per come rappresentati nella dottrina e nella giurisprudenza, sembrano essenzialmente ripercorrere i contrastanti universi argomentativi del passato.

Probabilmente si tratta di una materia che, per ragioni pratiche, con difficoltà si presta a soluzioni generali, sicché, anche quando sembra che ci si voglia orientare in una qualche direzione, il quadro finisce sempre per disarticolarsi, refrattario a trarre linearmente, secondo i canoni della logica giuridica, tutte le conseguenze di determinati assunti.

Il punto è ridondante: il ricorso allo strumento societario da parte dei poteri pubblici non arriva mai ad una piana e totalizzante riconduzione al regime civilistico, poiché, in ragione di norme legislative di specie o di interpretazioni giurisprudenziali, vengono recuperati pezzi più o meno significativi di disciplina pubblicistica.

Sin quando ciò tocca parzialmente il regime dell'attività non vi è particolare urto per la logica giuridica. La qualificazione soggettiva infatti non preclude di per sé regimi differenziati.

Basti menzionare gli enti pubblici, che, pur sottoposti prevalentemente, in ragione di tale qualità, al diritto pubblico, hanno al contempo sempre costituito rapporti privatistici.

Lo stesso discorso specularmente può prospettarsi per un ente di diritto privato, che, pur sottoposto prevalentemente, in ragione di tale qualità, al diritto civile, potrebbe al contempo costituire rapporti pubblicistici. Qui semmai va soltanto rimodulata l'idea tradizionale che il diritto pubblico sia applicabile soltanto agli enti pubblici tout court.

Diciamo in entrambi casi “prevalentemente”, poiché altrimenti si smarrirebbe il senso teorico e pratico delle qualificazioni soggettive, e, nonostante certe discutibili mode relativistiche di questi anni, non ci pare che un ordinamento giuridico essenzialmente ancora fondato sul dualismo diritto pubblico-diritto privato possa mai fare a meno di questo ordine di qualificazioni.

Ciò fa anche comprendere perché il discorso scorga il suo apice problematico non appena si finisca per investire il profilo soggettivo nel segno della “sovrapposizione” delle qualificazioni, come nel caso della società per azioni/ente pubblico.

Si entra così nel puro smarrimento: due eterogenei colossi giuridici, il diritto privato e il diritto pubblico, ciascuno col proprio specifico carico di razionalità sistematica, si fronteggiano sull’intero campo, rendendo ancor più imprevedibili gli esiti di ogni particolare questione, cui pur sempre i giudici sono costretti ad addivenire, e aprendo distonici e ingovernabili riflessi sui rispettivi ordinamenti.

I dosaggi possono persino indurre ad un capovolgimento dei rapporti di “prevalenza” dei regimi giuridici. Così, nel caso delle cd. società “legali” (ad es. Rai, Enav, Anas), l’affermazione della “natura sostanziale di ente pubblico” determina una propensione all’applicazione del regime pubblicistico o contabilistico, sebbene, residualmente, non si acceda all’idea che la “qualifica di società azionaria sia sempre e comunque irrilevante nella molteplice varietà dei rapporti” (da ult. Cass., sez. un., n. 15594/2014).

Il rilievo e la dinamicità dei “principi” coinvolti non sembrano consentire che questi nodi possano essere mai sciolti da un qualche tranciante intervento legislativo. Non fu decisivo il codice civile del 1942 e non sarà decisivo, se non come argomento tra altri, la recente previsione, in materia di “società a totale o parziale partecipazione pubblica”, che “per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali” (art. 4, c. 13, d.l. n. 95/2012).

La storia recente non fa quindi eccezione.

Da un lato, la Corte di Cassazione, specie nella veste di Giudice della giurisdizione, continua tendenzialmente, ma non esclusivamente, a farsi paladina della geometria civilistica, d’altro lato, i Giudici speciali, Consiglio di Stato e Corte dei conti, continuano tendenzialmente, ma non esclusivamente, a farsi paladini del recupero dei principi pubblicistici e contabilistici.

Sullo sfondo aleggia la ragion pratica che spesso costituisce il vero e ineludibile presupposto di talune decisioni, anche a costo di rendere più farraginoso la già tormentata composizione dei concetti giuridici.

Così i Giudici speciali rinunciano a volte alla propria tradizione, quando più pressante si fa il richiamo ad una maggiore efficienza e dunque libertà di

azione dei pubblici poteri, o, specularmente, la Suprema Corte rinuncia a volte alla propria geometria civilistica, quando l'amministrazione in forma privatistica, proprio per la libertà che a tale forma consegue, sembra sfuggire ad ogni vincolo e controllo, con gravi danni per l'interesse (e l'erario) pubblico.

L'ultima prova cui è stata di recente sottoposta la giurisprudenza è costituita dal difficile inquadramento soggettivo dell'eterodossa figura comunitaria dell'*in house providing*, ancora una volta nel segno della sovrapposizione delle qualificazioni e in una variante inedita: non una società per azioni che è essa stessa al contempo un ente pubblico, ma una società per azioni che è al contempo parte di un altro ente che è un ente pubblico.

2. La società *in house*, creazione pretoria comunitaria in materia di appalti pubblici (ora codificata nelle direttive di ultima generazione), è una figura sui generis poiché poggia su una nozione "sostanziale" di persona giuridica, per quanto non si può dire che l'utilizzo di categorie sostanziali sul versante soggettivo costituisca una novità nel diritto europeo (basti ricordare la nozione sostanziale d'impresa nel diritto antitrust).

In presenza di determinati presupposti (controllo analogo e destinazione della parte più importante della propria attività all'ente controllante), la duplicità "formale" dei soggetti, l'ente pubblico controllante e la società controllata, si risolve nella unicità "sostanziale" della persona giuridica, in capo ovviamente all'ente pubblico. E proprio per questo non si applicherebbero le direttive in materia di appalti pubblici, poiché, mancando due soggetti, manca anche un contratto, che la duplicità soggettiva invece presuppone (si consenta un rimando già al nostro *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. unione europea*, 2001, 554).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, pur propendendo tendenzialmente per la salvaguardia dell'identità e dello statuto civilistico delle società pubbliche, ha dovuto prendere atto di tale modello calato dal superiore ordinamento comunitario.

Si è così affermata la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità degli amministratori della società pubblica *in house*, che si affianca a quella già individuata in materia di società "legali" (Cass. n. 15594/2014 cit.), proprio a partire dall'assunto che in tali casi deve ritenersi "superata l'autonomia della personalità giuridica rispetto all'ente pubblico" (Cass., sez. un., nn. 16622/2014, 5491/2014 e 26283/2013). Si è cioè «reputato che una siffatta società, quanto meno ai fini del riparto di giurisdizione, non si ponga davvero in rapporto di alterità con la pubblica amministrazione partecipante, bensì come una sua *longa*

manus, come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa, di talché il danno arrecato al patrimonio sociale si configura in tal caso come danno direttamente riferibile all'ente pubblico» (Cass. n. 15594/2014 cit.).

Questo orientamento ha immediatamente suscitato inevitabili interrogativi su altre importanti questioni inerenti all'attività delle società *in house*.

L'argomento utilizzato, cioè l'unicità della persona giuridica in capo all'ente pubblico, ha *prima facie* una tale valenza strutturale da lasciar logicamente supporre che della qualificazione societaria rimanga un formale, quanto inutile, simulacro e che in definitiva ci si trovi puramente e semplicemente di fronte ad un ente pubblico con tutto ciò che ne consegue in termini di uniforme e non articolata individuazione del regime giuridico.

Sotto questo profilo, non sembra infatti che le società *in house* possano assomigliarsi alle società "legali", ove la presenza di "connotati pubblicistici" non dà comunque luogo ad una siffatta compenetrazione soggettiva e ove dunque appare ancora praticabile l'idea di un qualche possibile rilievo della concorrente qualificazione societaria (v. *supra* Cass. n. 15594/2014 cit.).

Ma l'attuale quadro giurisprudenziale, in attesa di un qualche chiarimento delle Sezioni Unite, non si presenta al riguardo affatto univoco.

La Sezione Lavoro della Cassazione, in diverse pronunce, ha recisamente affermato che la gestione *in house* «non muta la natura giuridica privata della società con riguardo alle ricadute previdenziali dei rapporti di lavoro» (da ult. Cass., sez. lav., n. 14098/2014 e la giur. ivi citata), con ciò lasciando intendere, similamente alle società legali, che anche nelle società *in house* non venga meno la concorrenza della qualificazione societaria e dunque la possibilità che talune fattispecie possano rimanere informate al regime civilistico.

Ancor più appariscente, anche per la sua ovvia importanza, è il tema della sottoposizione o meno delle società *in house* alle procedure fallimentari.

Qui è in corso una vivace, e ancora irrisolta, contrapposizione nella giurisprudenza di merito, tra pronunce che, mantenendo ancora un volta la concorrenza della qualificazione societaria, ritengono che le società *in house*, al pari di una normale società pubblica (Cass. civ., sez. I, n. 22209/2013), rimangano soggette alle procedure fallimentari (ad es. Trib. Modena 10 gennaio 2014) e pronunce che, alla stregua degli assunti delle Sezioni Unite, equiparano sostanzialmente le società *in house* agli enti pubblici, esenti, come è noto, dal fallimento ai sensi dell'art. 1, c.1, della legge fallimentare (ad es. Trib. Napoli 9 gennaio 2014).

3. Nella prospettiva europea il tema sembra subire un ulteriore grado di complicazione di cui non si ha ancora contezza nella diatriba interna.

Va anzitutto menzionato un consolidamento orientamento della Corte EDU in materia di tutela del credito, che, come è noto, rientra nella nozione di “bene” ai fini della tutela della proprietà di cui all’art. 1 prot. 1 (ad es. *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 dicembre 1994, n. 13427/87), e, correlativamente, in materia di diritto alla tutela giurisdizionale, che è comprensivo anche della fase dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 6 (già *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, n. 18357/91):

- in linea generale, lo Stato è sempre responsabile del rispetto della Convenzione e non può trincerarsi dietro la “incapacità” di altri soggetti (ad es. *Asanidzé c. Georgia*, 8 aprile 2004, n. 71503/01);
- la mancanza di risorse di un ente pubblico non può giustificare che questo ometta di onorare gli obblighi derivanti da una sentenza definitiva pronunciata a suo sfavore (da ult. riguardo alle procedure di dissesto di un comune italiano, *De Luca c. Italia*, 24 settembre 2013, n. 43870/04; ma v. anche *Ambruosi c. Italia*, 19 ottobre 2000, n. 31227/96 e *Bourdov c. Russia*, 7 maggio 2002, n. 59498/00).

Il risultato è che, in presenza di un inadempimento di un ente pubblico, lo Stato, per non incorrere in una violazione della Convenzione, deve in qualche modo farsi garante del credito e della sua tutela in sede di esecuzione.

Tra gli altri, deve rammentarsi un caso francese nel quale, in presenza di un credito vantato nei confronti di un comune e rimasto insoddisfatto, si è ancora una volta statuito: «*une autorité de l'Etat ne saurait prétexter du manque de ressources pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice. A cet égard, la Cour observe que les arguments tirés par le Gouvernement de l'autonomie des collectivités locales sont inopérants par rapport à la responsabilité internationale de l'Etat au regard de la Convention. Dans ces conditions, c'est bien l'Etat défendeur qui, n'exécutant pas les jugements, est responsable de la violation alléguée*» (*Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France*, 26 settembre 2006, n. 57516/00).

Il caso è di particolare interesse poiché, sul versante dell’UE, proprio questo precedente è stato evocato, insieme ad una serie di indizi, per affermare che un «*établissement public à caractère industriel et commercial*», paragonabile ai nostri enti pubblici economici, ha goduto di una «garanzia implicita» dello Stato vietata dalla disciplina in materia di aiuti di stato (Comm. dec. C (2010) 133). Tra gli argomenti usati vi è anche quello che «gli organismi che beneficiano di uno status di ente pubblico ai sensi del diritto pubblico francese non possono essere soggetti alle procedure di insolvenza e concorsuali di diritto comune» e che «la legge n. 80-539 prevede un meccanismo differente da quello istituito dalle procedure di amministrazione controllata e liquidazione di diritto comune. Tale leg-

ge e i testi adottati per la sua applicazione danno attuazione ad un procedimento di riscossione di crediti il cui avvio, al contrario di una procedura di liquidazione ai sensi del diritto comune, non si conclude nel cancellare i crediti ma al massimo nel dilazionarne il pagamento. Per questo fatto, i creditori degli organismi pubblici si trovano necessariamente in una situazione più favorevole rispetto a quella dei creditori dei soggetti rientranti nell'ambito di applicazione della legge comune, i quali, nell'ipotesi di insufficienza degli attivi della persona o dell'ente debitore, possono veder cancellato il loro credito» (Trib. UE, 20 settembre 2012, T 154/10 e C. giust. UE, 3 aprile 2014, C 559/12 P, che hanno confermato la decisione della Commissione). E ciò nonostante il Governo francese insistesse nell'affermazione che la Commissione avesse travisato il diritto interno nel quale non sarebbe stato invero ravvisabile alcun automatismo in ordine alla sussistenza della suddetta garanzia.

Questa giurisprudenza potrebbe astrattamente avere delle formidabili implicazioni.

Il principio CEDU della garanzia statale non crea particolari difficoltà sul versante della tutela della concorrenza finché si tratti di crediti relativi a missioni d'interesse generale non costituenti attività economiche.

Il discorso assume invece tutta altra valenza non appena gli enti pubblici gestiscano attività economiche, essendo tali, tra l'altro, anche i compiti pubblici rientranti nei servizi d'interesse economico generale.

La dottrina giuspubblicistica d'oltralpe ha subito e ben evidenziato i termini del problema (G. MARCOU, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica. L'esperienza francese*, in AIPDA, Annuario 2013, Napoli, 2014, 127 ss.). Alla luce della suddetta giurisprudenza UE, si potrebbe determinare una "dissociazione" tra "ente pubblico" e compiti pubblici di "natura economica", poiché tale sovrapposizione condurrebbe fatalmente alla garanzia dello Stato e dunque alla violazione del divieto di aiuti statali. In altre parole, se l'ente pubblico vuole svolgere compiti pubblici economici (o comunque attività economiche) potrà farlo soltanto ricorrendo a società commerciali e al relativo regime giuridico di mercato. Verrebbero così tagliati fuori tutti quei modelli riconducibili al nostro ente pubblico economico, ivi compresi, ad es., la *Regie* francese o l'*Eigenbetrieb* tedesco.

Sembrerebbe quindi che gli stati si ritrovino in una vera e propria tenaglia: se non garantiscono i debiti, violano la CEDU, se li garantiscono, violano i trattati UE, tranne appunto a rinunciare allo svolgimento di attività economiche da parte di enti pubblici, intonando il *de profundis* per l'impresa pubblica in forma soggettivamente pubblicistica.

È difficile dire se la citata giurisprudenza UE abbia voluto effettivamente perseguire risultati così trancianti e, a maggior ragione, trarre già delle conclusioni.

Nell'ordinamento comunitario non sarebbe invero la prima volta che talune sferzate giurisprudenziali vengono date senza piena precognizione delle conseguenze sistematiche che ne possono derivare, salvo poi ad attenuarne progressivamente la portata.

Certamente questo passaggio non è altro che un'ulteriore espressione dello sfavore comunitario per l'impresa pubblica, da sempre coltivato, specialmente attraverso il divieto di aiuti di stato, nonostante il principio di neutralità codificato nei trattati.

4. Non ci si può comunque esimere, pur al livello di primissime indicazioni, dal porre il problema di come un tale percorso si atteggi o possa atteggiarsi rispetto alle società *in house*.

Anzitutto, vi è da chiedersi se il suddetto principio CEDU possa valere anche in questo caso. La giurisprudenza della Corte EDU sembrerebbe fare riferimento agli enti pubblici e non a soggetti di diritto privato controllati dalla p.a.. Ed è in effetti difficile (ma non in ipotesi impossibile) sostenere che una normale società pubblica debba essere coperta dalla garanzia statale (e correlativamente non soggetta alle normali procedure fallimentari). Più plausibile è invece che ciò possa configurarsi per le società *in house*, le quali si atteggierebbero altrimenti a strumento troppo comodo di elusione della CEDU.

Se la garanzia statale dovesse quindi valere anche per le società *in house*, l'intreccio con la citata giurisprudenza comunitaria diverrebbe di assai difficile composizione, poiché, sempre in ragione del divieto di aiuti statali e al pari degli enti pubblici economici, bisognerebbe negare cittadinanza ad una figura, appunto le società *in house*, che lo stesso ordinamento UE ha, al contempo, creato e riconosciuto.

Si potrebbe sostenere che in realtà le società *in house* operano fuori mercato, sicché non si ponga un problema di tutela della concorrenza, qui sotto il profilo del divieto di aiuti.

Tale argomento non sembra tuttavia essere del tutto rassicurante. In primo luogo, lo svolgimento dell'attività *in house* a favore del solo ente controllante è declinato dalla giurisprudenza UE in termini non assoluti, ma di "prevalenza". In secondo luogo, le stesse situazioni di monopolio, cui pure accedono fuori mercato gli affidamenti *in house*, e che spesso continuano (ingiustificatamente) a caratterizzare i servizi pubblici locali, costituiscono un dato settoriale e potenzialmente transitorio.

Si è consapevoli che l'argomento è complesso ed esiga ben altro approfondimento.

Ma quanto evidenziato è già sufficiente a sottolineare come il nodo della sottoposizione o meno delle società *in house* alle procedure fallimentari non possa sciogliersi alla stregua delle consuete opzioni interpretative, ma debba fare i conti con un quadro giuridico più ampio e articolato di quello nazionale.

Così giusto per esemplificare un possibile percorso: se si ritiene che le società *in house*, da un lato, siano soggette al vincolo CEDU della garanzia statale, d'altro lato, non pongano un problema di violazione del divieto di aiuti perché operanti fuori mercato, allora non potrà che propendersi per la tesi che tali società non siano soggette al fallimento.

Il cammino disorientato delle c.d. società *in house*

Riccardo Ursi

1. Coloro i quali hanno avuto occasione di percorrere il Cammino di Santiago non possono non rammentare la particolare segnaletica mediante la quale viene tracciato il percorso che indica la via sicura e rapida per raggiungere la tappa successiva. Si tratta di una freccia gialla dipinta qua e là, che appare sempre quando il sentiero o la strada intrapresa potrebbero dirottare il pellegrino allontanandolo o disorientandolo. Come è noto, tale peculiare segnale è invenzione di un religioso che, più di trent'anni orsono, ha immaginato un modo per rendere il cammino meno dispendioso e certo nella sua meta.

La via del pellegrino nel suo viaggio verso la tomba di San Giacomo ritorna alla mente allorché lo studioso, avventurandosi nel territorio delle società pubbliche, si imbatte nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione relativa alle c.d. società *in house*. La lettura delle argomentazioni e delle soluzioni fornite dalla Suprema Corte lasciano lo studioso, ma anche l'operatore del diritto, in una situazione di sostanziale disorientamento che presagisce lo smarrimento della via e un destino imminente caratterizzato da sentieri impervi ed angusti che molto spesso allontanano dalla meta finale, vale a dire, la auspicata coerenza del sistema giuridico. In altri termini, le scelte operative necessitano di una indicazione che le diriga verso soluzioni stabili: serve una freccia gialla.

Allora, come il parroco de *O Cebreiro*, approvvigionandosi di vernice nei cantieri dell'autostrada, ha tracciato la via breve e sicura verso Santiago di Com-