

del 13/02/2020  
n. 1666/2019



IL TRIBUNALE DI AVEZZANO  
UFFICIO FALLIMENTARE

riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

- dott. Antonio Stanislao Fiduccia Presidente del Collegio
- dott. Giuseppe Ferruccio Giudice
- dott.ssa Caterina Lauro Giudice rel.

ha emesso il seguente

DECRETO

sul giudizio di omologazione della proposta di concordato preventivo n. 1/2018, iscritto al n. 1666/19 r.g., corredata dal piano e dalla documentazione di cui agli artt. 160, co. 2, e 161, co. 2 e 3, l.f., depositata in data 15.10.2018 dal [redacted] (d'ora in avanti [redacted] in sede legale in [redacted] in persona del Presidente del Consiglio di gestione e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall' [redacted] ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma [redacted] giusta procura in calce al ricorso *ex art.* 161, commi 1 e 6, l.f. come integrata in data 21.11.2018, in data 27.12.2018/02.01.2019 e in data 25.01.2019;

- ricorrente - proponente

nonché

[redacted] A. codice fiscale e numero iscrizione nel registro delle imprese [redacted] persona del [redacted] Procuratore Speciale in virtù di atto a rogito notaio [redacted] doc. n. 1), rappresentata e difesa, giusta procura alle liti come da separato foglio, dall'Avv. [redacted] ed elettivamente domiciliata presso il suo studio [redacted]

- opponente

nonché

Firmato Da: FIDUCCIA ANTONIO STANISLAO Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 35030edeb10ff59a060a1fb5d282b88  
Firmato Da: LAURO CATERINA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 76950c6434dba286c746bb61d1e442  
Firmato Da: GENNUSO FRANCA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: c262c954fc82256



[REDACTED], in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall' [REDACTED] distrettuale dello Stato di L'Aquila [REDACTED] nei cui uffici domicilia *ope legis*, in via [REDACTED] (Complesso monumentale S. Domenico)

udita la relazione del giudice delegato, designato con decreto collegiale dell'8.03.2018;  
premessi che:

- in data 06.03.2018 la ricorrente ha proposto domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'art. 161, co. 6, l.f., chiedendo la fissazione del termine per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, co. 2 e 3, l.f.;
- la suddetta domanda, in pari data, è stata comunicata al P.M. in sede e pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 161, co. 5, l.f.;
- con provvedimento del 19.03.2018 il Tribunale ha fissato il termine del 16.07.2018 per il deposito della proposta, del piano e della documentazione prevista dall'art. 161, co. 2 e 3, l.f., nominando pre-commissari giudiziali il Prof. [REDACTED] e il Dott. [REDACTED] disponendo gli obblighi informativi di cui all'art. 161, co. 8, l.f. (tutti rispettati) e imponendo alla società ricorrente il versamento di una cauzione di € 80.000 per le spese di procedura (cauzione depositata in data 28.03.2018, nel rispetto del termine assegnato);
- con decreto del 18.07.2018, ai sensi dell'art. 161, co. 6, l.f., il Tribunale ha concesso alla società ricorrente una proroga del termine sino al 15.10.2018;
- in data 15.10.2018 la società ricorrente ha tempestivamente depositato la proposta di concordato (comunicata al P.M. in sede e pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese in pari data), allegando la documentazione di cui all'art. 161, co. 2 e 3, l.f.;
- con decreto del 30.10.2018 il Collegio ha disposto la convocazione del legale rappresentante della società proponente dinanzi a sé sollevando rilievi in merito alla proposta e al piano concordatario in merito a: 1. il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione; 2. Il piano concordatario; 3. La perizia ex art. 160, co. 2, l.f.,



- l'attestazione e lo scenario comparativo; 4. I creditori postergati; 5. Le commesse di adeguamento finanziate con le risorse del Fondo per lo Sviluppo e la Coesione; 6. La nullità delle ipoteche iscritte sui beni e i crediti dell'██████████
- in data 21.11.2018 la proponente ha presentato una proposta di modifica al piano, correlata da documentazione e da memorie; in pari data, il Collegio le ha concesso termine di giorni dieci per ulteriori chiarimenti relativi a: i) creditori postergati, con particolare riferimento alla prededucibilità dei crediti dei Comuni soci per i ratei dei mutui successivi alla presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161, l. fall.; ii) alle commesse di adeguamento finanziate con le risorse del Fondo per lo Sviluppo e la Coesione;
  - in data 3.12.2018 la proponente ha depositato la memoria autorizzata;
  - con decreto del 12.12.2018 il Tribunale ha concesso alla proponente ulteriore termine di giorni quindici per l'integrazione del piano e della proposta con particolare riferimento a: i) la perizia ex art. 160, co. 2, l.f., l'attestazione e lo scenario comparativo; ii) i creditori postergati;
  - in data 27.12.2018 (accettazione della cancelleria del 02.01.2019) la proponente ha depositato un'ulteriore memoria difensiva con annessa modifica del piano e della proposta con riferimento ai crediti dei Comuni (soci e non), al loro trattamento e al diritto di voto loro attribuito;
  - con decreto dell'11.01.2019 il Tribunale ha concesso alla proponente un ulteriore termine di giorni quindici per integrare la documentazione con riferimento alle dichiarazioni di postergazione rese dai Comuni;
  - con memoria depositata il 25.01.2019 la ricorrente ha ulteriormente integrato il piano e la proposta tenendo conto dei rilievi formulati con decreto dell'11.01.2019;
  - infine, ritenuti superati i rilievi sollevati, la proponente è stata ammessa alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 163, l. fall., con decreto dell'08.02.2019 e con convocazione dei creditori all'adunanza del 5.06.2019;
  - in data 24.04.2019 i Commissari hanno depositato la relazione ai sensi dell'art. 172, l. f., rappresentando, nelle conclusioni, l'opportunità di rinviare l'adunanza dei creditori al fine di consentire ai Comuni - soci e non - di far pervenire le



determinazioni dei rispettivi Consigli comunali in merito alle dichiarazioni di postergazione volontaria;

- con decreto dell'8.05.2019 l'adunanza dei creditori è stata rinviata all'udienza del 25.09.2019;
- all'udienza del 25.09.2019, esaminate alcune questioni preliminari e disposta l'ammissione provvisoria al voto del creditore [redacted] per il diverso importo di euro 4.555.723,00, veniva dichiarata aperta la votazione; raccolte le espressioni di voto dei creditori presenti all'adunanza si è dato atto che, ai sensi dell'art. 178, co. 4, l. fall., era necessario attendere venti giorni per conoscere l'esito definitivo della votazione;
- con relazione depositata in data 18.10.2019 i Commissari giudiziali hanno comunicato l'esito definitivo del voto espresso dai creditori nei termini che seguono:

-	- Voti favorevoli	- Voti contrari
- CLASSE I	- € 0 - 0 %	- € 8.898.452 - 100%
- CLASSE II	- € 12.173.227 - 100 %	- € 0 - 0 %
- CLASSE III	- € 58.307.182- 74,3871%	- € 20.076.235 - 25,6129 %

consegue che il concordato ha ottenuto il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto e tale maggioranza si è verificata nel maggior numero delle classi; il concordato è, quindi, stato approvato a norma del primo comma dell'art. 177 l. fall.;

- con decreto del 24.10.2019, preso atto del voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto espressa favorevolmente anche nel maggior numero di classi, è stato aperto il procedimento di omologazione, con udienza fissata al 25.11.2019;
- la ricorrente ha presentato ricorso per l'omologazione del concordato iscritto al ruolo contenzioso r.g. n. 1666/19;
- i Commissari giudiziali hanno espresso parere positivo all'omologa in data 25.11.2019, ma non si sono costituiti, e nei dieci giorni antecedenti all'udienza sono state proposte due opposizioni da parte dei creditori dissenzienti [redacted]



~~\_\_\_\_\_~~; ~~\_\_\_\_\_~~ presentato un atto recante delle "osservazioni";

- all'udienza del 25.11.2019, dopo ampia discussione, le parti si sono riportate ai propri scritti difensivi e il Collegio si è riservato di decidere, concedendo termine agli oppositori e alla ricorrente per il deposito di note difensive

osserva

### 1. Il piano concordatario

Il piano concordatario prevede che il pagamento dell'indebitamento esistente al momento della presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161, co. 6, l. fall. avverrà tramite i flussi generati dalla continuità aziendale e gli incassi dei crediti maturati nel frattempo.

Sulla base delle previsioni di piano modificato, la proposta modificata sottoposta alla votazione dei creditori è la seguente:

- pagamento del 100% dei debiti prededucibili (Euro 1,9 milioni), alla scadenza;
- pagamento integrale dei debiti assistiti dal privilegio generale di cui all'art. 2751 bis, n. 1, c.c. (euro 624 mila, compreso TFR da liquidare), entro 12 mesi dall'omologazione definitiva del concordato;
- pagamento integrale dei debiti assistiti dal privilegio generale di cui all'art. 2751 bis, n. 2, c.c. (euro 298 mila, compreso fatture da emettere), entro 12 mesi dall'omologazione definitiva del concordato;
- pagamento integrale dei debiti assistiti dal privilegio generale di cui all'art. 2751 bis, n. 5, c.c. (euro 535 mila), entro 12 mesi dall'omologazione definitiva del concordato;
- pagamento parziale dei debiti previdenziali assistiti dal privilegio generale di cui all'art. 2753 c.c. (Euro 2,65 milioni), entro 12 mesi dall'omologazione definitiva del concordato. La parte dei debiti previdenziali (assistiti dai privilegi di cui agli artt. 2753 e 2754 c.c.) che eccede quella soddisfatta con le modalità di cui sopra è stata degradata al rango chirografario. I debiti chirografari, *ab origine* chirografari o divenuti tali per effetto dell'incapienza del bene su cui grava la prelazione, sono stati suddivisi in tre classi:  
Classe 1. Debiti previdenziali ex art. 2753 e 2754 c.c. e debiti erariali ex artt. 2752 e 2758 c.c. degradati al rango chirografario - Euro 7,9 milioni. Per tale classe di creditori privilegiati degradati (quota eccedente il valore stimato dell'attivo in caso di liquidazione di cui alla perizia giurata ex art. 160, co. 2, l. fall. redatta dal dott. Barbati) è prevista la transazione



fiscale ex art. 182 *ter* l. f. ed il pagamento in misura pari al 27% del loro valore nominale, da effettuarsi in due *tranches*: la prima *tranche*, pari al 75% del totale promesso alla classe, entro 12 mesi dalla prevista data di omologa del concordato, la seconda pari al 25% del totale promesso alla classe, entro 24 mesi dalla prevista data di omologa del concordato.

Classe 2. Debiti finanziari chirografari - Euro 11.491.000,00 Per tale classe è previsto il pagamento in misura pari al 25% del loro valore nominale, da effettuarsi in quattro *tranches*: la prima *tranche*, pari al 25% del totale promesso alla classe, entro 24 mesi dalla prevista data di omologa del concordato, la seconda pari al 25% del totale promesso alla classe, entro 36 mesi dalla prevista data di omologa del concordato, la terza, pari al 30% del totale promesso alla classe, entro 48 mesi dalla prevista data di omologa del concordato e la quarta, pari al 20% del totale promesso alla classe, entro 60 mesi dalla prevista data di omologa del concordato.

Classe 3. Debiti commerciali chirografari *ab origine* - Euro 84,3 milioni. Per tale classe è previsto il pagamento in misura pari al 26% del loro valore nominale, da effettuarsi in quattro *tranches*: la prima *tranche*, pari al 25% del totale promesso alla classe, entro 24 mesi dalla prevista data di omologa del concordato, la seconda pari al 25% del totale promesso alla classe, entro 36 mesi dalla prevista data di omologa del concordato, la terza, pari al 30% del totale promesso alla classe, entro 48 mesi dalla prevista data di omologa del concordato e la quarta, pari al 20% del totale promesso alla classe, entro 60 mesi dalla prevista data di omologa del concordato. La società si è impegnata ad assicurare il pagamento delle percentuali indicate.

La proposta prevede, altresì: - il pagamento integrale del credito nei confronti del fornitore strategico [REDACTED], previa autorizzazione del Tribunale art. 182 *quinquies* l.f.; nessuna forma di pagamento, nell'ambito del periodo di piano, in favore dei Comuni che hanno reso la comunicazione di postergazione volontaria dei propri crediti; i Comuni soci e non che non hanno fatto pervenire le dichiarazioni di postergazione sono invece inseriti tra i creditori chirografari commerciali della classe sub 3) e destinatari della percentuale di pagamento promessa ai creditori di tale classe.

I tempi per l'esaurimento delle operazioni di soddisfazione dei creditori sono stati indicati, nel piano, in un arco temporale di cinque anni e sei mesi dall'omologazione definitiva della proposta concordataria.



## 2. Le opposizioni

Va premesso che, tramite l'opposizione all'omologa, l'opponente può lamentare illegittimità afferenti alla regolarità della procedura oltre al contenuto sostanziale della proposta di concordato; ne deriva il necessario vaglio, dal parte del Collegio, della sussistenza dei requisiti di regolarità della procedura, anche nel contenuto della proposta, e dei suoi presupposti di ammissibilità. Va, infatti, rimarcato che tale verifica, oltre a rientrare in una nozione di regolarità della procedura non limitata alla mera regolarità formale, è imposta dall'art. 173, co. 3, l.f. che prevede tra le ipotesi di revoca dell'ammissione la mancanza, originaria o sopravvenuta, delle condizioni suddette. Per altro verso l'emersione procedimentale di circostanze tali da incidere negativamente sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato - pur già positivamente valutata al momento dell'apertura della procedura - non è da ricollegare alla sola ipotesi di opposizioni di creditori o altri interessati. Tali circostanze, infatti, possono successivamente emergere dagli atti compiuti nel periodo compreso tra l'apertura del concordato e la fase della omologazione anche perché evidenziate dal parere motivato che il commissario giudiziale deve in ogni caso - a prescindere dalla scelta di costituirsi o meno nel giudizio omologatorio - depositare entro lo stesso termine fissato per la costituzione degli eventuali opposenti e di cui si dovrà tener conto anche qualora nessuno dei legittimati (ivi compreso lo stesso commissario giudiziale) abbia formalizzato una opposizione all' omologazione o l'opposizione investa differenti questioni.

Può, dunque, affermarsi - a giudizio del Collegio - che, laddove dagli atti della procedura o dal parere conclusivo del commissario emergano fatti non valutati in sede di apertura della procedura stessa, il Tribunale non possa esimersi dalla valutazione della loro possibile incidenza sull'ammissibilità del concordato. Il che, tradotto in termini più generali, implica che nell'oggetto del giudizio di omologazione è in ogni caso (siano state o meno proposte opposizioni) compresa la verifica della sussistenza attuale delle condizioni di ammissibilità del concordato, ivi compresa la fattibilità del piano.

La correttezza di detta impostazione è confermata da quanto affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia n. 1521/2013, per la quale presupposto di ammissibilità del concordato è la fattibilità del piano, intendendosi per quest'ultima una "*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*".



La Suprema Corte, nella pronuncia richiamata, è pervenuta all'enunciazione dei seguenti principi di diritto: il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato rappresenta un dovere del giudice che non viene escluso per la circostanza che intervenga successivamente all'attestazione del professionista; i creditori sono i soggetti cui spetta la valutazione di merito sulla proposta concordataria contenuta nel piano che si risolve nelle probabilità di successo economico del piano e dei rischi inerenti; il controllo del giudice - che è solo di legittimità - si deve ispirare, in tutte le fasi del concordato preventivo (ammissibilità, revoca e omologazione), al medesimo parametro; la valutazione del giudice consiste nella verifica dell'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato, ossia nel perseguimento dell'obiettivo specifico del procedimento che si risolve nel superamento della crisi dell'imprenditore, tenendo in ogni caso conto del fatto che - fermo tale obiettivo - la modulazione della proposta concordataria è atipica e lasciata all'autonomia delle parti, pur dovendo assicurare un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori.

Dunque, il perimetro di intervento del Tribunale va delineato nei limiti della c.d. "fattibilità giuridica" da tenersi distinta dalla "fattibilità economica" la cui valutazione è rimessa, invece, alla valutazione dei creditori.

La fattibilità giuridica va intesa come compatibilità della proposta da valutarsi in concreto, ossia tenendo conto del contenuto della proposta e delle finalità da essa perseguite, in altri termini, una verifica di non contrarietà degli atti programmati a norme giuridiche inderogabili oltre che di concreta realizzabilità giuridica.

Ove, invece, nella fase di omologazione, si innestino opposizioni, l'oggetto del giudizio sarà quello dedotto con l'opposizione, il che implica che il Tribunale debba entrare nel merito della fattibilità, ove l'opposizione abbia ad oggetto proprio il suddetto requisito, e della convenienza nei soli limiti del quarto comma del medesimo art. 180, l.f.

Ciò premesso, occorre quindi esaminare i singoli motivi di opposizione proposti che, come di seguito evidenziato, contestano l'ammissibilità della proposta.

### 2.1 L'opposizione di -nta

L'opponente contesta l'ammissibilità della proposta in quanto la proponente, essendo società c.d. *in house* non potrebbe essere ammessa alla procedura di concordato preventivo, godendo dell'esenzione dall'art. 1, l. f. prevista per gli Enti pubblici. A



sostegno dell'opposizione pone le seguenti argomentazioni: 1) illegittimità costituzionale dell'art. 14 TUSP c.d. "Testo Unico delle società partecipate" - d.lgs. n. 175/16 - per violazione dell'art. 77 Cost. nell'aver il decreto violato i principi indicati nella "legge delega" n. 124/15 con particolare riferimento al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa; 2) l'insussistenza dei requisiti soggettivi per l'accesso al concordato preventivo, non rivestendo il [REDACTED] qualità di imprenditore commerciale in quanto non esercita attività commerciale secondo il principio di economicità; 3) l'incompatibilità assoluta rispetto [REDACTED] del concordato preventivo, non potendo prevedersi l'applicazione delle norme della legge fallimentare in materia di proposte concorrenti ex art. 165, 1. fall.; 4) l'inapplicabilità del TUSP alle vicende creditorie anteriori alla sua entrata in vigore.

La proponente ha contestato tale ricostruzione chiedendo il rigetto della relativa opposizione.

Ritiene il Tribunale che l'opposizione non sia meritevole di accoglimento.

Preliminarmente si deve dar conto che questo Tribunale, in altra composizione, ha in precedenza dichiarato l'inammissibilità di un ricorso presentato ai sensi dell'art. 161, co. 6, 1. fall. sul presupposto che, trattandosi di una società *in house*, [REDACTED] non fosse fallibile e che, conseguentemente, non potesse accedere neppure alla procedura di concordato preventivo (decreto del 26.07.2013 est. Elefante, Pres. Forgillo). I successivi orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità e di merito e l'entrata in vigore del d.lgs. n. 175/16 hanno però indotto il Tribunale a modificare il proprio precedente orientamento. Ebbene, al riguardo si osserva che questione è stata oggetto, in quegli anni, di un vivace dibattito giurisprudenziale che si è concluso con l'arresto della Suprema Corte che ha definitivamente sancito la fallibilità e, conseguentemente, l'ammissibilità alla procedura di concordato preventivo delle società pubbliche (si veda, in proposito, Cassazione civile sez. I, 07.02.2017, n. 3196 *"In tema di società partecipate dagli enti locali, 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 che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto 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 identiche forme e*



*medesime modalità. Del resto, da un lato, l'art. 1 l. fall. esclude dall'area della concorsualità gli enti pubblici e non anche le società pubbliche, per le quali trovano applicazione le norme del codice civile (art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 135 del 2012, e, quindi, art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016), nonché quelle sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 14 d.lgs. n. 175 del 2016); dall'altro, vanno respinte le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 4 della l. n. 70 del 1975, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo. " impostazione confermata anche da Cassazione civile sez. I, 22/02/2019, n. 5346 che ha cassato con rinvio la sentenza n. 304/15 della Corte d'Appello de l'Aquila e in cui si ribadisce: "La società di capitali con partecipazione in tutto o in parte pubblica, è assoggettabile al fallimento in quanto soggetto di diritto privato agli effetti dell'art. 1 l.fall., essendo la posizione dell'ente pubblico all'interno della società unicamente quella di socio in base al capitale conferito, senza che gli sia consentito influire sul funzionamento della società avvalendosi di poteri pubblicistici, né detta natura privatistica della società è incisa dall'eventualità del cd. controllo analogo, mediante il quale l'azionista pubblico svolge un'influenza dominante sulla società, così da rendere il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica che, tuttavia, non incide affatto sulla distinzione sul piano giuridico-formale, tra P.A. ed ente privato societario, che è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante.)".*

In particolare, la Suprema Corte ha aderito al c.d. modello tipologico-privatistico, in base al quale alla scelta di ricorrere ad uno strumento privatistico come la società di capitali segue l'applicazione delle relative regole civilistiche, comprese quelle relative all'insolvenza. L'adesione, in particolare, si ricava dal passaggio della motivazione in cui la Suprema Corte afferma: "Né la supposta ed eventuale divergenza causale rispetto allo scopo lucrativo appare sufficiente ad escludere che, laddove sia stato adottato il modello societario, la natura giuridica e le regole di organizzazione della partecipata restino quelle proprie di una società di capitali disciplinata in via generale dal codice civile: ciò che rileva nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale non è il tipo dell'attività esercitata, ma la natura del soggetto. Le società nascono infatti per limitare la responsabilità rispetto ai soci secondo un proprio ordinamento, mentre la organizzazione prescelta per l'attività è appunto il mero riflesso della nascita di un soggetto giuridicamente diverso dai soci e dunque senza che a loro volta



le regole di organizzazione di questi valgono in modo diretto a disciplinare il funzionamento e le obbligazioni di quello. Una volta adottato, anche da parte dell'ente pubblico, il blocco-sintagma societario, nella fattispecie della società a responsabilità limitata, la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali (e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico) comporta per un verso che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza. Per altro verso, nemmeno potrebbe darsi la paradossale conclusione che anche le società a capitale interamente privato cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale siano esentate dal fallimento: lo escludono la necessità di preindividuazione certa del regime delle responsabilità e di quel rischio per cui l'ente pubblico-socio risponde, salvi altri regimi di concorrente responsabilità dei suoi organi (Cass. s.u. 5491/2014, 26936/2013), nei soli limiti del capitale di investimento immesso nella società divenuta insolvente. L'annullamento ad ogni effetto della soggettività dell'esaminata società, a ben vedere, procurerebbe altresì l'altro paradosso di un'azione dei creditori sociali della società in house che diverrebbero tutti creditori diretti dell'ente pubblico, con possibilità di azione esattamente ed invece scongiurata laddove l'ente pubblico abbia scelto, come visto, di delimitare la responsabilità per le obbligazioni assunte dalla società partecipata. Ciò convince che anche l'intento di Cass. s.u. 26283/2013 (conf. 5491/2014) è solo quello di preservare l'erario dalla mala gestio degli organi sociali di società strumentali, in un'ottica selettiva e per quanto di rafforzamento della responsabilità che ne investe gli organi, come poi recepito dal cit. legislatore del 2016."

Ciò, in considerazione del fatto che il *nomen iuris* - "società", che quel soggetto viene ad assumere, genera nei terzi che con quello contrattano un affidamento rilevante in termini di adempimento, secondo il regime della responsabilità legislativamente stabilito, delle obbligazioni assunte e, correlativamente, delle conseguenze negative in caso di insolvenza. L'orientamento sopra citato si pone in contrasto con quello c.d. tipologico-pubblicistico che le pronunce in esame non accolgono in virtù a) dell'esistenza della riserva di legge contenuta nell'art. 4, l. n. 70/75, che vieta l'istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo ("*nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*"); b) della circostanza per cui la nozione di organismo di diritto pubblico è stata elaborata in uno specifico settore (quello degli appalti pubblici) in accoglimento della concezione di "amministrazione a geometrie variabili" in cui viene predicata l'applicazione di norme di matrice pubblicistica o privatistica a seconda della materia di riferimento. Tale logica



impone, quindi, che l'applicazione di regole pubblicistiche sia limitata a specifici e circoscritti ambiti, pena la violazione del principio di riserva di legge sopra richiamato.

In materia di servizi pubblici si deve poi evidenziare che la scelta di affidare il servizio ad una società partecipata è solo uno dei modelli di gestione possibili, rimessa all'Ente che conserva la titolarità del servizio e la scelta rispetto al suo modello di gestione. In caso di insolvenza, lo stesso ente titolare del servizio può quindi decidere se riaffidare il servizio ad altro soggetto o rivenderne la gestione.

Le considerazioni che precedono possono essere riproposte anche nell'ipotesi in cui la società svolga attività e produca servizi pubblici con o senza rilevanza economica indipendentemente dal fatto che si collochi in un "mercato concorrenziale" o che svolga attività a favore dei terzi (oltre che *in house providing* a favore dell'ente socio).

L'orientamento in esame è stato sposato anche in un altro precedente reso dalla Corte d'Appello di l'Aquila - espresso con riferimento all'ammissibilità del concordato preventivo di una società *in house* cui era affidata la gestione del servizio idrico- che appare particolarmente significativo in quanto del tutto speculare rispetto al caso in esame ("*La società in house è assoggettabile a fallimento e può, quindi, accedere alla procedura di concordato preventivo. Il T.U. sulle società pubbliche (d.lg. n. 175/2016) detta una disciplina uniforme in tema di crisi, prevedendo che tutte le società a partecipazione pubblica, comprese le società a controllo pubblico, le società miste e le società in house, sono fallibili e possono, quindi, accedere al concordato preventivo.*" Corte appello, l'Aquila, 03/11/2016, n. 26). La Corte d'Appello, in tale pronuncia, ha mutato il proprio precedente orientamento contrario proprio alla luce del d.lgs. n. 175 del 2016, c.d. "Riforma Madia".

Con il suddetto decreto il Legislatore ha inteso intervenire al fine di dare uno statuto organico a tale tipologia di società, individuandone gli ambiti peculiari di disciplina e rinviando, per tutto quanto non specificamente derogato, alla disciplina civilistica. Ebbene, con particolare riferimento alle conseguenze dell'insolvenza, il citato decreto, all'art. 14, prevede l'applicabilità delle norme previste in tema di fallimento e concordato preventivo per le "società a partecipazione pubblica" ("*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) di cui, come noto, le società in house costituiscono una species (si veda, in particolare l'art. 2, del citato decreto, rubricato "definizioni").*

Nonostante l'art. 14, co. 1, faccia espresso riferimento alle sole "società pubbliche", deve ritenersi che le società *in house* rientrino nel suo ambito applicativo. Il comma 6 del medesimo art. 14, infatti, individua le conseguenze della dichiarazione di fallimento "*di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti*", con ciò implicitamente riconoscendo la possibilità che le stesse siano sottoposte alla legge fallimentare.

Il legislatore della riforma, quindi, ha chiaramente fatto una scelta di campo nel non voler differenziare un tipo "società *in house*" dalle restanti partecipate; la "*in house*" resta così una variante della società a controllo pubblico cui sono destinate disposizioni peculiari concernenti l'attività e non di natura tipologica.

La V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione della Camera, nel parere reso il 30.06.2016 ed il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere del 16.03.2016, hanno tentato sollecitare l'inserimento nel decreto legislativo di disposizioni autonome per gli enti strumentali e per le società *in house*, invocando il principio contenuto nell'art. 18 della legge delega - di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa. In particolare, il parere della V Commissione Permanente, già riportato dall'opponente, afferma: "*si valuti l'opportunità di individuare le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione da parte della pubblica amministrazione, definendo, come risulta dal parere del Consiglio di Stato, una distinzione più netta tra società a controllo pubblico, società a partecipazione pubblica e società quotate, con deroghe al codice civile di intensità decrescente, nonché tra società strumentali e società in house, con deroghe al codice civile di maggiore intensità, valutando altresì l'opportunità di elencare per ciascuna delle predette tipologie le norme del decreto che risultano applicabili*". A sua volta il Consiglio di Stato evidenzia che le società *in house* sarebbero "una tipologia" del tutto distinta dalle altre, proprio per le profonde deviazioni rispetto al nucleo fondante delle società di capitali, con evidenti anomalie rispetto alla fenomenologia societaria, tanto che si prevede la deroga al potere di gestione degli amministratori di cui all'art. 2380 bis, co. 1, c.c. Per il Consiglio "*«la società in house conserva ... una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato»*. Dinanzi ad un sistema



*complesso di deroghe alla disciplina privatistica, si dovrebbe procedere ad una distinzione più netta tra "società a controllo pubblico", "società a partecipazione pubblica" e "società quotate", "con deroghe al codice civile che assumono connotati di intensità gradualmente più ridotta" (cfr. pag. 46 del parere; osservazioni all'art. 3).*

*Nelle osservazioni all'art. 18, in particolare, si rileva che "l'esclusione dal fallimento e dal concordato preventivo, nella impostazione tradizionale, si giustificava in ragione del fatto che le regole di diritto comune, applicate agli enti pubblici economici, avrebbero finito per incidere sull'esistenza stessa dell'ente stesso. La "essenzialità" dell'ente imponeva, pertanto, la sua esclusione dall'applicazione delle procedure concorsuali, si potrebbe, pertanto, introdurre un sistema diversificato per le società a controllo pubblico e soprattutto per le società in house". Per il Consiglio di Stato, quindi, "in ogni caso, anche se si mantiene l'attuale formulazione, è indubbio che si introduce sull'assetto organizzativo ... una deroga così pregnante al tipo societario disciplinato dal codice che impedisce di ravvisare una società che in esso possa essere sussunta. Ed è questa la ragione per la quale si è proposto di inserire autonomamente l'in house tra i tipi societari".*

*Il Legislatore è, invece, stato di contrario avviso, come risulta chiaramente dalla relazione illustrativa all'art. 14, d.lg. n. 175 del 2016 ("l'articolo 14 disciplina le ipotesi di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, dettando specifiche procedure per prevenire l'aggravamento della crisi stessa, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. In accoglimento della condizione n. 18 della Commissione V Bilancio della Camera è stata modificata la rubrica. Non si è, invece, ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera (osservazione n. 14) che mirano a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto a diverse tipologie di società (in house e strumentali): si tratta di una soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame").*

*La nozione di società in house, cui è dedicato un intero articolo (art. 16), è richiamata in numerose norme del decreto legislativo, ma è assente nell'art. 14 che disciplina la crisi delle società a partecipazione pubblica.*

*Nelle definizioni di cui all'art. 2 del T.U. troviamo, infatti, oltre a quelle sul controllo, sul controllo analogo e sul controllo analogo congiunto, anche le definizioni di società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica e società in house (il controllo è indicato come "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che*



*condividono il controllo". Le società a partecipazione pubblica sono "le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubbliche").*

È evidente, allora, che la definizione di società "a partecipazione pubblica" sia ampia e comprenda sia le società a controllo pubblico sia le società *in house* e ciò per una precisa scelta del legislatore che ha inteso sposare il principio c.d. panprivatistico.

A questo punto occorre esaminare la fondatezza dei motivi di opposizione proposti.

In primo luogo, deve ritenersi che l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, d.lgs. n. 175/16 per violazione dell'art. 77 Cost. sia manifestamente infondata.

Alla luce di quanto sopra dichiarato nella relazione illustrativa, infatti, emerge chiaramente che il Legislatore ha inteso effettuare una precisa scelta di campo nello sposare il c.d. modello panprivatistico o tipologico-civilistico, in continuità con i contributi giurisprudenziali della Suprema Corte sopra richiamati. Non può, quindi, ritenersi che la scelta sia stata posta in essere in violazione dei principi della legge delega, in considerazione dell'ampiezza della stessa e della discrezionalità attribuita al legislatore delegato. Del resto, il principio di "proporzionalità" delle deroghe potrebbe essere inteso anche in senso contrapposto rispetto a quanto evidenziato dall'opponente e dal Consiglio di Stato, nel senso di prevedere un ambito di intervento il più ristretto possibile rispetto alle deroghe alla disciplina privatistica. In altri termini, il principio può essere diversamente inteso a seconda che si sposi una tesi piuttosto che un'altra, rientrando, quindi, la scelta nell'ambito della discrezionalità del Legislatore, non potendosi ritenere che la stessa sia irragionevole alla luce delle argomentazioni sopra spese, anche dalla giurisprudenza di legittimità, a favore della suddetta impostazione, prima della promulgazione del TUSP.

Al riguardo, infatti, si osserva che la giurisprudenza costituzionale in tema di "eccesso di delega legislativa" sanziona l'inserimento nel decreto delegato di materie non contemplate nella legge delega o la violazione della legge delega in caso di direttive dettagliate in essa contenute (si veda in proposito Corte Costituzionale sent. n. 272/12: *"Il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile*



con questi ultimi. Il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata. La delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente» (ex plurimis: sentenze n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, nn. 340 e 170 del 2007)". Ebbene, sotto tale profilo, non si ricava alcuna violazione rispetto alla ratio che ha informato la legge delega, diretta a dare attuazione ai principi di efficienza, nonché a garantire l'osservanza delle regole del mercato, anche in relazione al diritto comunitario, e il contenimento della spesa pubblica. Diversamente, l'esenzione delle società *in house* dalle conseguenze civilistiche dell'insolvenza avrebbe comportato uno sviamento rispetto a tali finalità.

Va evidenziato, in proposito, che lo stesso Consiglio di Stato, chiamato ad esprimersi nuovamente sul d.lgs. n. 175/16 successivamente alla parziale declaratoria di incostituzionalità, in un passaggio citato anche dall'opponente, ha chiarito come "Il principio generale della "fallibilità" delle società partecipate, fissato dall'art. 14, esteso anche alle società *in house*, è stato confermato dalla più recente giurisprudenza della Cassazione (Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196). La possibilità di fallire, prevista in modo sufficientemente chiaro dall'art. 14, deve essere, però, coordinata con la disciplina dell'art. 21, comma 1, che impone alle pubbliche amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Da ciò deriva che, nel caso di società interamente partecipate dall'ente locale, qualora quest'ultimo non intenda dismettere la partecipazione o porre in liquidazione la società sarà obbligato a ripianare le perdite, eventualità quest'ultima che negherebbe in radice la possibilità per le società *in house* di fallire. È, pertanto, necessario chiarire che dall'obbligo di accantonamento di cui al comma 1 dell'art 21 non deriva un obbligo di ripiano, potendo le pubbliche amministrazioni locali partecipanti decidere di non ripianare il bilancio delle società *in house*, in considerazione della sperimentata necessità di rivolgersi al mercato." In altri termini, il Consiglio di Stato evidenzia proprio che la formulazione dell'art. 21 del decreto si potrebbe porre in contrasto con il "principio generale" della fallibilità delle *in house* così da impedirne l'operatività. Proprio



in tale logica il legislatore delegato ha accolto il suggerimento e modificato l'art. 21 del decreto con l'inserimento del comma 3 bis che prevede: "3-bis. *Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato.*", eliminando, così l'obbligo di ripiano.

Viene in tal modo ancora una volta confermato il principio di fallibilità delle società *in house*.

Per quanto attiene alla questione sollevata con il motivo sub 2 si osserva quanto segue.

Secondo il modello tipologico-privatistico accolto dalla Suprema Corte e dal Legislatore della riforma, la soggezione alla disciplina fallimentare discende direttamente dalla scelta di impiegare il modello societario privatistico, senza che si possa svolgere un'indagine rispetto alla natura - commerciale o meno - dell'attività svolta.

Occorre ancora aggiungere che non corrisponde a realtà la circostanza dedotta secondo cui il servizio idrico non sia improntato a criteri di economicità.

In primo luogo, va evidenziato come, in via generale, il bene demaniale possa essere dato in concessione ad un soggetto privato incaricato della sua gestione, in ossequio a quanto stabilito nel provvedimento concessorio, potendovi il concessionario svolgere anche un'attività avente carattere commerciale.

Ciò posto, nel caso di specie, oggetto della concessione è la gestione del SII in relazione al quale i beni c.d. demaniali costituiscono "beni funzionali all'esercizio del servizio" (si veda art. 13 e art. 2, co. 7, della Convenzione).

Ebbene, l'esame della disciplina di settore non consente di concordare la tesi dell'opponente.

L'art. 147, d.lgs. n. 152/06 (Organizzazione territoriale del servizio idrico integrato) stabilisce: "*I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. Le regioni che non hanno individuato gli enti di governo dell'ambito provvedono, con delibera, entro il termine perentorio del 31 dicembre 2014. Decorso inutilmente tale termine si applica l'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è*



*trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1".*

*L'art. 149 del medesimo decreto prevede che il piano economico finanziario, che fa parte integrante del piano d'ambito predisposto dall'ente di governo dell'ambito "prevede, con cadenza annuale, l'andamento dei costi di gestione e di investimento al netto di eventuali finanziamenti pubblici a fondo perduto. Esso è integrato dalla previsione annuale dei proventi da tariffa, estesa a tutto il periodo di affidamento. Il piano, così come redatto, dovrà garantire il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario e, in ogni caso, il rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità della gestione, anche in relazione agli investimenti programmati."*

*L'art. 154 (tariffa del servizio idrico integrato) dispone: "La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, [dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito] e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'ente di governo dell'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo". L'art. 154 è richiamato espressamente nell'art. 24 della Convenzione tipo per l'affidamento del servizio idrico integrato nella Regione Abruzzo (tariffa del servizio). Al comma 7 si stabilisce che "L'eventuale modulazione della tariffa tra i comuni tiene conto degli investimenti pro capite per residente effettuati dai comuni medesimi che risultino utili ai fini dell'organizzazione del servizio idrico integrato".*

*In tale contesto si è inserito il d.lgs. n. 175/16 che accoglie la nozione comunitaria di servizi pubblici distinti in servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale. L'articolo 2, lett. h), del decreto legislativo in esame annovera tra i primi "le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale". Nella seconda categoria*



rientrano invece "i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato". La Corte Costituzionale ha chiarito che tale seconda fattispecie corrisponde al nostro servizio pubblico di rilevanza economica. Per quanto concerne la loro gestione, il mancato esercizio della delega contenuta nell'articolo 19 della Legge Madia - l. n. 124/15- ha determinato la riesplorazione delle norme comunitarie e delle regole concorrenziali minime in tema di gara a evidenza pubblica, al pari di quanto accaduto a seguito della consultazione referendaria.

Tali disposizioni vanno interpretate congiuntamente con la disciplina del d.lgs. n. 152/06, il cui articolo 149 *bis* demanda all'ente locale il compito di provvedere all'organizzazione del servizio, senza indicare le modalità di gestione, ma limitandosi a richiamare le disposizioni comunitarie. Ne consegue il naturale coordinamento con lo schema del TUSP, che ridisegna la figura del *in house providing* alla luce delle disposizioni contenute nella direttiva 2014/24/UE64. Alla luce dei nuovi interventi normativi, quindi, viene nuovamente ad assumere importanza fondamentale il ruolo dei soggetti privati, presenti anche nelle società *in house*. Relativamente al potere di regolazione, con l'art. 21, co. 19, d.l. n. 201/2011, il Legislatore affida all'Autorità dell'Energia Elettrica e del Gas le funzioni regolatorie in materia di servizio idrico integrato. La costituzione di un'autorità indipendente consente invero allo Stato di attribuire determinati comparti dell'attività pubblicistica a un organismo *ad hoc*, dotato di indipendenza dal potere politico e da quello giurisdizionale e detentore di particolari competenze tecniche che garantiscono l'esercizio di poteri incisivi e mirati. Ne consegue che l'attività di regolazione si sostanzia nella fissazione di piani, standard, prezzi e tariffe, nel rilascio di concessioni e nella fase di controllo successivo, conferendo alle autorità di settore poteri normativi e anche sanzionatori attivabili in caso di inosservanza ai precetti stabiliti.

Occorre a questo punto chiarire se i costi ed i finanziamenti siano presi in considerazione dal regolatore per comprendere l'eventuale utile dell'attività, confrontando i dati relativi con i ricavi. Secondo una tesi, infatti, tali elementi non potrebbero essere tenuti in considerazione nella determinazione degli elementi costitutivi della tariffa, pena la violazione del risultato referendario del 2011 che ha eliminato dall'art. 154 sopra citato l'inciso "... dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito ...".



In senso opposto a questa tesi si è di recente espressa anche la giurisprudenza amministrativa in un contenzioso relativo alla determinazione del metodo transitorio della Tariffa per gli anni 2012-2014.

Secondo l'opzione interpretativa sposata dal giudice amministrativo, l'espunzione derivante dall'abrogazione referendaria riguarderebbe non la norma, ma la disposizione. In particolare, secondo il TAR Lombardia, un'interpretazione letterale e non politico-ideologica dell'articolo 154, co. 1, d.lgs. n. 152/06, nella versione post-referendaria, non esclude la possibilità di conseguimento di un profitto.

Va evidenziato, infatti, che il servizio idrico integrato, come chiarito dalla stessa Corte Costituzionale nella sent. n. 26/2011, rientra nell'ambito dei servizi di interesse economico generale suscettibili di una gestione imprenditoriale atta alla realizzazione di un utile.

Ciò posto, se è vero che la disciplina di settore in merito ai criteri di determinazione della tariffa è effettivamente improntata al principio di "FULL RECOVERY COST", ciò non esclude la possibilità di conseguire un profitto se vengono mantenuti costi di gestione inferiori agli standard fissati dall'ARERA. Ad avviso del TAR, infatti, con il referendum del 2011 si è inteso abrogare unicamente la percentuale fissa di remunerazione del 7% garantita dal sistema normalizzato in modo fisso e predeterminato, tuttavia questo non porta ad escludere in assoluto la possibilità di remunerare altrimenti il capitale investito in via fattuale. Il TAR evidenzia che i costi sono riconosciuti in tariffa mediante due sistemi: il rimborso o i costi standard determinati dal regolatore. Quest'ultima tecnica, richiamata dalla legge n. 481/95 (c.d. metodo del PRICE CUP), riconoscendo i costi standard prefissati dal regolatore, garantisce al gestore efficiente di trarre un profitto se riesce a mantenersi al di sotto degli stessi. In altri termini, secondo tale criterio, la possibilità di produrre un margine è il motore dell'efficientamento del servizio; ad un maggior efficientamento dei costi, segue un maggiore margine spettante al gestore. Del resto, la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato il rischio che il rimborso automatico possa far ricadere sugli utenti le inefficienze aziendali. L'Autorità, inoltre, nel metodo transitorio elaborato, ha aderito a una ricostruzione strettamente economica del concetto di costo annoverando il c.d. costo opportunità o costo implicito e riconoscendo pertanto in tariffa anche il costo derivante dell'investimento del capitale proprio. Il TAR osserva sul punto che l'articolo 154, nella nuova formulazione, impone la copertura integrale dei costi di



investimento senza operare alcuna distinzione, conseguentemente, la decisione del Regolatore di coprire anche il costo derivante dall'investimento del capitale proprio non è stata ritenuta in contrasto con la volontà popolare espressa dal referendum. Del resto, a livello economico non sussistono differenze tra costo del capitale proprio e del capitale preso a prestito ed escludere la remunerazione del primo condurrebbe all'esito paradossale di indurre gli investitori a ricorrere unicamente ai finanziamenti esterni, con evidenti ripercussioni a carico degli utenti finali (si veda, in proposito TAR Lombardia, sentt. 26 marzo 2014, n. 779, e 26 marzo 2014, n. 780). Le pronunce in esame sono state confermate dal Consiglio di Stato con diversa motivazione, che non ha contraddetto quella proposta dal TAR Lombardia, evidenziando, in particolare, che persiste pur sempre la nozione di tariffa come corrispettivo in modo da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero integrale dei costi (ivi compresi i costi di capitale).

Le affermazioni sopra riportate non sono contraddette neppure dalla pronuncia del Consiglio di Stato citata da parte opponente (n. 1958/19) che, anzi, pone tali concetti come punto di partenza per le conclusioni rassegnate. Il Consiglio di Stato, in merito, si limita ad affermare come esuli dalla sfera dell'autonomia negoziale del grossista e del gestore il potere di determinare, con un contratto *inter partes*, la tariffa del servizio di pubblica utilità della vendita all'ingrosso dell'acqua nell'ambito del SII; tale principio è solo la logica conseguenza della circostanza che, trattandosi di un settore soggetto a regolazione, le relative attribuzioni assegnate ai soggetti contemplati dalla sopra ricostruita disciplina primaria, secondaria e regolatoria, vanno esercitate secondo l'iter procedimentale ivi delineato. La regolazione, del resto, rappresenta proprio lo strumento alternativo sia al libero mercato che all'intervento diretto della mano pubblica nella gestione dei servizi pubblici essenziali.

Non può, conseguentemente escludersi che la gestione del servizio idrico sia improntata a criteri di economicità e diretta al conseguimento di un utile.

Ne deriva, quindi, che la doglianza non possa trovare accoglimento.

Per quanto attiene alla pretesa incompatibilità assoluta del concordato preventivo rispetto a [REDACTED] deve rilevarsi quanto segue.



La stessa Convenzione del 5.08.2016 tra ~~XXXXXXXXXX~~ prevede, all'art. 29, tra i casi di risoluzione che "la convenzione si risolverà di diritto in caso di fallimento o di scioglimento del soggetto gestore". Va da sé che, a differenza di quanto sostenuto dall'opponente, la stessa Convenzione prevede la possibilità del fallimento del Gestore, non escludendo, quindi, l'applicazione della legge fallimentare.

Ciò posto, sotto un profilo squisitamente sistematico deve osservarsi che, in ogni caso, il rapporto tra disciplina in materia di SII e legge fallimentare non conduce alla necessaria conclusione prospettata dal ricorrente di assoluta incompatibilità.

Per quanto attiene alla deduzione per cui non potrebbe trovare applicazione l'art. 163, l. f., in tema di proposte concorrenti, ad esempio, gli ordinari criteri interpretativi possono soccorrere rispetto alle problematiche applicative che sovente si pongono nei rapporti tra diritto pubblico e diritto fallimentare (si pensi, in via esemplificativa, al filone giurisprudenziale in tema di cessione di concessioni pubbliche in caso di fallimento del soggetto gestore o all'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato i rapporti tra concordato in continuità aziendale e codice dei contratti pubblici).

Nel caso in cui si ponesse il problema, è evidente che si dovrà tener conto del fatto che la gestione dei servizi pubblici spetta, per legge, al titolare del servizio - che come sopra evidenziato non è mai il gestore, ma è sempre il concedente - il quale sarà tenuto a valutare come proseguire la gestione e, quindi, se affidarla ad un altro soggetto o rivendicarne egli stesso la Gestione. E ciò, si badi, non perché è impedita la partecipazione di un socio privato nella gestione del servizio (anche idrico), ma semplicemente perché il servizio è solo affidato al gestore, ma resta nella titolarità dell'Ente. Va ancora ribadito che il referendum del 2011 e il mancato esercizio dell'art. 19 della legge delega ha comportato la reviviscenza del diritto comunitario che qualifica l'*in house* come una delle possibili, ma non l'unica forma di gestione del SII.

La necessità di coordinare le due discipline non appare, quindi, argomento sufficiente ad escludere *tout court* l'applicazione della legge fallimentare.

Il motivo, quindi, non appare meritevole di accoglimento.

Per quanto attiene all'opzione interpretativa di applicare il d.lgs. n. 175/16 solo a situazioni debitorie sorte successivamente alla sua entrata in vigore occorre, ancora una volta, muovere dall'esame di tale intervento legislativo.



Ebbene, sotto tale aspetto deve osservarsi che alcune norme del decreto, entrate in vigore il 23.09.2016, si applicano solo a fattispecie successive a tale entrata in vigore. In particolare, si richiama l'art. 20 che disciplina la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, entro il 31 dicembre di ogni anno, che trova applicazione a decorrere dal 2018 (cfr. art. 26 comma 11 "alla razionalizzazione periodica di cui all'articolo 20 si procede a partire dal 2018, con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017").

La normativa detta alcune norme transitorie, come in tema di revisione straordinaria delle partecipazioni, per le quali l'art. 24 prevede che "le partecipazioni detenute ... in società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'articolo 4, commi 1, 2 e 3, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 5 commi 1 e 2...sono alienate o sono oggetto delle misure di cui all'articolo 20 commi 1 e 2". Si prevede che, a tal fine, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 175/2016 ciascuna amministrazione pubblica dovrà effettuare la ricognizione di tutte le partecipazioni possedute alla data di entrata in vigore del decreto legislativo. L'art. 26 prevede, poi, che "le società a controllo pubblico già costituite all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto adeguano i propri statuti alle disposizioni del presente decreto entro il 31 luglio 2017. Per le disposizioni dell'articolo 17, comma 1, il termine per l'adeguamento è fissato al 31 dicembre 2017".

Pertanto, con riferimento alla crisi di impresa non è stata dettata alcuna disciplina transitoria, circostanza da cui è agevole desumere la precisa volontà di applicare la norma in questione dal momento dell'entrata in vigore della stessa.

Deriva, quindi, che non si possa accogliere la proposta interpretativa dell'opponente.

## 2.2 L'opposizione dell' [REDACTED]

[REDACTED] contesta l'ammissibilità del piano per aver la ricorrente proposto di pagare il debito erariale e contributivo in misura falcidiata, lamentando la violazione del principio del rispetto dell'ordine della causa di prelazione. Cita, in proposito, il precedente reso dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza del 28/06/2012, n. 9373, affermando che, nel caso di concordato in continuità aziendale, i maggiori flussi derivanti dalla continuazione dell'attività d'impresa non sono sottratti al necessario rispetto del principio dell'ordine della causa di prelazione, non potendo gli stessi essere qualificati come "finanza esterna" sottratta a tale vincolo. In particolare l'opponente rileva che l'unica apertura giurisprudenziale alla deroga al necessario rispetto dell'ordine delle cause



legittime di prelazione nei concordati con continuità sarebbe riconducibile alla sola ipotesi in cui i flussi della continuità siano generati da una prosecuzione dell'attività d'impresa resa possibile unicamente per effetto dell'apporto di un soggetto terzo e non transitino, quindi, per il patrimonio societario. Nel caso di specie tale circostanza non ricorrerebbe in quanto continuità aziendale è garantita dalla sola capacità patrimoniale già esistente. In proposito il creditore deduce, quindi, la violazione dell'art. 160, co. 2, e 182 *ter*, l.f. in relazione all'art. 2740 c.c. Contesta, inoltre, che la comparazione eseguita con la relazione ai sensi dell'art. 160, co. 2, l.f. a firma del dott. ~~XXXXXXXXXX~~, non sarebbe correttamente eseguita, non essendo stato valutato valore di subentro riconosciuto al Gestore uscente, pari al valore residuo degli investimenti realizzati, individuato dall'~~XXXXXXXXXX~~ ~~XXXXXXXXXX~~, così come previsto dal citato articolo 32 della Convenzione e l'attribuzione del diritto risarcitorio derivante dall'esercizio dell'azione di responsabilità già avviata nei confronti dei componenti degli organi societari per gli eventuali danni causati al patrimonio sociale in riferimento alle condotte poste in essere prima del deposito della domanda di concordato. Per altro verso non si sarebbe dovuto tener conto del valore dei depositi cauzionali che non costituirebbero con certezza una voce del passivo, atteso che potrebbero essere oggetto di compensazione ex art. 56 l.f. ovvero di cessione ad un nuovo Gestore unitamente alle altre componenti aziendali.

Occorre in proposito svolgere alcune opportune premesse.

Preliminarmente si deve dar conto che il motivo di opposizione sviluppato dall'opponente è stato oggetto di specifico rilievo del Tribunale che, in sede di vaglio di ammissibilità della proposta, ha risolto positivamente la questione (si veda, in proposito il passaggio del decreto di ammissione depositato l'8.02.2020 *"In particolare, nella memoria depositata il 21.11.2018, in seguito alla richiesta di chiarimenti del Collegio, la proponente dichiara di aderire al principio secondo cui le risorse liquide provenienti dalla prosecuzione dell'attività devono intendersi quale "nuova finanza", con possibilità di pagare creditori chirografari o comunque privilegiati di grado inferiore, senza dover soddisfare integralmente i privilegiati di grado superiore, orientamento cui aderiscono numerose pronunce giurisprudenziali di merito (si veda, da ultimo Tribunale di Massa, decreto 27.11.2018 su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), nonché Tribunale di Monza, decreto del 22.12.2011, sempre su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).*"



Ciò posto, alla luce delle considerazioni svolte in premessa riguardo al necessario vaglio di ammissibilità della proposta anche in sede di omologazione, il Tribunale non può esimersi dall'esaminare i motivi di opposizione proposti.

Ebbene, le deduzioni dell' [REDACTED] circa la maggior convenienza dello scenario fallimentare rispetto alla proposta concordataria trovano smentita, oltre che dalla memoria difensiva della proponente, nella stessa relazione dei Commissari giudiziali, ai sensi dell'art. 172, l. fall., le cui conclusioni il Tribunale condivide.

Nella suddetta relazione si evidenzia che lo scenario alternativo al concordato preventivo prevede il ricorso ad una procedura fallimentare in cui la soddisfazione dei creditori sarebbe diversa sia nel *quantum* delle risorse disponibili che nella ripartizione delle stesse. In tale contesto, infatti, le risorse a disposizione dei creditori dovrebbero essere valutate considerando il patrimonio netto del [REDACTED] nella prospettiva della liquidazione forzata.

Si concorda sulla valutazione di escludere, prima di tutto dal punto di vista giuridico, un'ipotesi di fallimento con realizzo del complesso aziendale in funzionamento, poiché, in base alla concessione di pubblico servizio, l'azienda concessionaria non può essere oggetto di cessione, ma l'eventuale passaggio della gestione ad altro soggetto dovrebbe avvenire mediante una nuova gara di affidamento del servizio, la cui titolarità non è della proponente ma dell'Ente, come già sopra evidenziato.

La comparazione, quindi, va eseguita con l'ipotesi liquidatoria dei singoli assets dell'azienda nella prospettiva atomistica, eventualmente previo breve esercizio provvisorio per garantire la continuità del servizio nel tempo necessario all'esperimento della nuova gara di affidamento del servizio, come evidenziato dal Tribunale nei rilievi all'originaria proposta concordataria.

In merito all'eventualità di un esercizio provvisorio nelle more dell'affidamento del servizio a un nuovo gestore, la Società, nell'Integrazione al Piano concordatario del 20.11.18, ha argomentato che, in caso di fallimento del [REDACTED] titolare del servizio, procederebbe alla sua immediata assegnazione a un nuovo gestore, per non subire l'alea di un servizio gestito da una procedura fallimentare, in applicazione dell'art. 172, co. 3, d.lgs. n. 152/06 come modificato dal d.l. n. 133/14 (*" in sede di prima applicazione, al fine di garantire il conseguimento del principio di unicità della gestione all'interno dell'ambito territoriale ottimale, l'ente di governo dell'ambito , nel rispetto della normativa vigente e fuori dai*



*casi di cui al comma 1, dispone l'affidamento al gestore unico di ambito ai sensi dell'articolo 149-bis alla scadenza di una o più gestioni esistenti nell'ambito territoriale tra quelle di cui al comma 2, ultimo periodo, il cui bacino complessivo affidato sia almeno pari al 25 per cento della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento. Il gestore unico così individuato subentra agli ulteriori soggetti che gestiscano il servizio in base ad un affidamento assentito in conformità alla normativa pro tempore vigente e non dichiarato cessato ex lege alla data di scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto. Al fine di addivenire, nel più breve tempo possibile, all'affidamento del servizio al gestore unico di ambito, nelle more del raggiungimento della percentuale di cui al primo periodo, l'ente competente, nel rispetto della normativa vigente, alla scadenza delle gestioni esistenti nell'ambito territoriale tra quelle di cui al comma 2, ultimo periodo, i cui bacini affidati siano complessivamente inferiori al 25 per cento della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento, dispone l'affidamento del relativo servizio per una durata in ogni caso non superiore a quella necessaria al raggiungimento di detta soglia, ovvero per una durata non superiore alla durata residua delle menzionate gestioni esistenti, la cui scadenza sia cronologicamente antecedente alle altre, ed il cui bacino affidato, sommato a quello delle gestioni oggetto di affidamento, sia almeno pari al 25 per cento della popolazione ricadente nell'ambito territoriale ottimale di riferimento.”) L'argomentazione è condivisibile tenuto conto la scelta circa le modalità di gestione del servizio spetta al titolare del servizio medesimo e della disponibilità nel territorio di altri soggetti che rivestono le caratteristiche richieste dalla legge per procedere ad un affidamento diretto senza gara, nonché di un'espressa disposizione normativa in tal senso. Va evidenziato, infatti, che la dichiarazione di fallimento sarebbe condizione risolutiva della Convenzione di pubblico servizio, come si ricava dall'art. 29 della Convenzione.*

Ciò, posto, inquadrato il profilo comparativo, i Commissari concludono, con argomentazioni che appaiono congrue ed adeguate, che l'alternativa liquidatoria - sia atomistica che in continuità/esercizio provvisorio- appare deteriore rispetto alla proposta concordataria.

Si evidenzia che gli attivi della proposta concordataria non sarebbero facilmente liquidabili in via forzata, in quanto strettamente correlati al mantenimento della gestione del servizio, presupposto anche per il mantenimento dei beni strumentali allo svolgimento del servizio medesimo (“immobilizzazioni immateriali” - composte prevalentemente da costi per interventi di manutenzione straordinaria realizzati sulle reti interne, fogne,



depuratori, di proprietà degli Enti Locali- e "immobilizzazioni materiali" - riferibili a condotte idriche, sistemi fognanti ed impianti funzionalmente destinati all'attività d'impresa - si veda, inoltre, la perizia a firma dell' [REDACTED] in cui si evidenzia che: "le ricerche catastali effettuate, atte a verificare la proprietà dei beni immobili nonché la loro individuazione territoriale, hanno evidenziato notevoli lacune, essendo solo una minima parte degli immobili in questione intestati [REDACTED] p.t. (...), tanto che la complessità del sistema acquedottistico e la elevata quantità di manufatti che lo compongono non consentono una identificazione catastale completa di tutti i beni in esame. Infatti, una ricerca condotta per soggetto ha evidenziato, in capo al [REDACTED], le sole proprietà di un immobile uso ufficio e uno uso magazzino in [REDACTED], due immobili ad uso produttivo siti, rispettivamente, in Cimita D'Antino e in [REDACTED] e due terreni in [REDACTED]").

Tali considerazioni inducono a ritenere che la stima del [REDACTED] nella sua "Relazione ex art.160, co. 2, l.f.", sia basata su informazioni adeguate e sull'applicazione di metodi di generale accettazione, tali da condurre a un valore di realizzo attendibile e che tiene conto dei beni effettivamente nella titolarità della proponente.

Va condivisa anche la valutazione resa dal [REDACTED] che quantifica i crediti v/clienti effettivamente recuperabili in misura di gran lunga inferiore rispetto alla stima di realizzo nell'alternativa della continuità concordataria; la macroscopica differenza trova il suo fondamento negli altissimi costi di recupero legale rispetto ai benefici attesi; al di fuori del rapporto di utenza, infatti, il portafoglio crediti avrebbe i caratteri tipici di un portafoglio altamente frammentato, con un valore medio molto basso (di soli euro 500) e senza i deterrenti inerenti al distacco o alla riduzione del servizio. Per quanto attiene agli "altri crediti" e ai "ratei e risconti attivi" si conferma che stima del [REDACTED] è basata su informazioni adeguate e sull'applicazione di metodi di generale accettazione, tali da condurre a un valore di realizzo attendibile.

I Commissari evidenziano, così come l'opponente, che l'art. 32 della Convenzione per la gestione del servizio prevede che, in caso di cessazione - anche anticipata - della concessione, l'Ente d'Ambito individua il valore di rimborso spettante al gestore uscente, posto a carico del gestore entrante. Tale valore di rimborso dovrebbe, in base ai principi regolatori, essere pari al valore contabile residuo delle immobilizzazioni del [REDACTED] netto



dei beni ex Casmez. Ciò in quanto il gestore dovrebbe recuperare gli investimenti effettuati e non ancora recuperati in tariffa.

Tuttavia, diversamente dalle conclusioni dell'Agente opponente, viene condivisibilmente affermato che la spettanza di un tale indennizzo in sede fallimentare è dubbia, considerato che la risoluzione del rapporto sarebbe dovuta all'insolvenza del gestore, con inadempimento di quest'ultimo, il che potrebbe dare luogo a contestazioni in ordine al diritto al rimborso.

In ogni caso sono stati sviluppati due scenari di liquidazione fallimentare: "con indennizzo" o "senza indennizzo" rappresentando che lo scenario "senza indennizzo" è quello assunto dal [redacted] nel formulare la proposta.

In ragione dell'elevata incertezza circa la spettanza dell'indennizzo, ragionamento che il Collegio condivide, i [redacted] Giudiziali ritengono che la valutazione dell'attivo nell'ipotesi di fallimento contenuta nella Relazione ex art. 160, l.f., e confermata dall'Attestatore sia sostanzialmente coerente con gli assunti di partenza, ragionevole, basata su un approccio metodologicamente corretto e tale da esprimere attendibilmente il valore di realizzo dell'attivo di [redacted] (assumendo l'assenza di indennizzo a fine gestione).

Sulla base della valutazione "senza indennizzo" le risorse derivanti dal realizzo degli attivi aziendali in sede di liquidazione fallimentare ammonterebbero a euro 6,15 milioni, cui dovrebbero essere sottratti i costi della procedura, stimati in circa euro 0,25 milioni.

Tali valori di realizzo sono largamente inferiori alle risorse prevedibilmente generabili dalla continuità a favore dei creditori, pari a euro 35,5 milioni.

Nello scenario "con indennizzo", che, come detto, non appare ipotesi scontata in caso di fallimento, le risorse finanziarie destinabili al servizio dei creditori in sede di liquidazione concorsuale sarebbero presumibilmente pari a euro 25,6, comunque inferiori al flusso complessivo rinveniente dalla continuità secondo quanto proposto dal [redacted] stesso. Anche in questo scenario, quindi, la proposta concordataria sarebbe più conveniente per i creditori.

L'opponente valorizza, inoltre, che nello scenario comparativo si sarebbe dovuto tener conto anche del presumibile attivo rinveniente dall'accoglimento dell'azione di responsabilità esperita nei confronti degli ex amministratori della società. I valori della stessa, tuttavia, non sono stati inseriti nel piano concordatario, alla luce dell'incerto esito



della stessa, anche in termini di attivo quantificabile. È notorio, infatti, che a prescindere dalla fondatezza dell'azione, il presumibile realizzo conseguente alla stessa dipende dalla consistenza patrimoniale dei potenziali convenuti. Non può, conseguentemente, ritenersi che l'omesso inserimento dell'attivo potenzialmente derivante da tale iniziativa sia elemento decisivo a far ritenere l'alternativa fallimentare soluzione migliore rispetto alla quella della continuità concordataria, conformemente alle conclusioni rese dai Commissari giudiziali.

Conclusivamente si deve concordare con le conclusioni dei Commissari giudiziali.

\* \* \*

Occorre a questo punto passare all'esame del principale motivo di opposizione formulato dall' [REDACTED] che contesta la violazione del principio del necessario rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

Ciò posto, per valutare la fondatezza del motivo proposto si devono svolgere alcune opportune premesse.

Il concetto di "nuova finanza" è impiegato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità in varie accezioni. Secondo l'originario significato l'espressione indica i finanziamenti - in termini di erogazioni patrimoniali - stanziati da terzi al debitore in corso di procedura, con obblighi restitutori. Secondo altra definizione, per "nuova finanza" si intende il conferimento (non in senso tecnico) di beni (denaro o altri beni mobili e/o immobili) in favore del debitore da parte di un socio o di altro soggetto terzo, senza obblighi restitutori. Si tratta, in sostanza, dell'apporto di ulteriori risorse patrimoniali estranee al patrimonio dell'impresa. Il concetto viene qualificato come "finanza esterna", distinguendolo dunque dalla "nuova finanza" in senso proprio, nell'accezione sopra riportata. Come terza accezione alcuni riconducono alla "finanza esterna" l'apporto di risorse che non erano originariamente nella disponibilità del debitore in procedura ma lo divengono successivamente, per effetto della continuazione dell'attività d'impresa in corso di procedura; tale apporto è definito anche surplus e/o plusvalore di concordato, e si compone delle risorse generate dal patrimonio del debitore e - nella maggior parte dei casi - degli utili generati dalla continuità aziendale nei casi di concordati preventivi in continuità aziendale.



E' noto, inoltre, che l'art. 2740 c.c. prevede che il debitore debba rispondere dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri ed esclude limitazioni di responsabilità che non siano previste dalla legge. L'art. 2741 c.c., poi, disciplina l'eguale diritto dei creditori ad essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Si ritiene comunemente che la "nuova finanza" o "finanza esterna" non rientri nel concetto di patrimonio stabilito dagli artt. 2740 e 2741 c.c., in ragione di quanto previsto dall'art. 186 *bis* l. fall. In altri termini tali flussi, non essendo riconducibili al patrimonio del debitore, non potrebbero rientrare nella garanzia patrimoniale generica prevista dall'art. 2740 c.c. Tale impostazione ha trovato una prima applicazione al caso in cui la nuova finanza promani da un soggetto terzo rispetto alla società in concordato, giustificandosi così la sottrazione dall'ambito applicativo dell'art. 2740 c.c. citato.

Ciò posto, l'art. 186 *bis* l.f., nel disciplinare il concordato in continuità, impone che il professionista di cui all'art. 161, co. 3 l.f., attesti che la prosecuzione dell'attività dell'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (c.d. "attestazione specifica"). Il miglior soddisfacimento dei creditori si pone, quindi, come requisito di ammissibilità del concordato in continuità.

La previsione dell'art. 186 *bis* l.f., quindi, consente la prosecuzione dell'attività all'impresa in crisi, mantenendo il proprio patrimonio, nel solo caso in cui la stessa consenta il miglior soddisfacimento dei creditori in linea con la previsione di cui all'art. 2740 c.c..

Fatte tali doverose premesse, al fine di vagliare la fondatezza della prospettazione dell'opponente, occorre valutare se, nell'ambito di un concordato con continuità aziendale diretta, i flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività di impresa vadano a integrare il patrimonio del debitore destinato a soddisfare la massa e se siano o meno liberamente disponibili da parte del debitore nella distribuzione ai creditori, in quanto qualificabili alla stregua di "finanza esterna", come sopra definita, o, invece, debba essere rigorosamente rispettato l'ordine dei privilegi.

A tale scopo bisogna stabilire quale sia il patrimonio da prendere in considerazione per l'attestazione specifica di cui all'art. 186 *bis*, co. 2, lett. b), citato.

Ebbene il Tribunale - pur nella consapevolezza della sussistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali di merito e di legittimità (tra cui la citata Cass. Civ. n. 9373/2012, seppur



relativa ad un caso di concordato liquidatorio e non in continuità aziendale soggettiva) - ritiene che il patrimonio da considerare sia quello esistente al momento in cui viene presentata la domanda di concordato, quale patrimonio attuale della società suscettibile di essere ceduto o aggredito esecutivamente.

A sostegno di tale prospettazione deve rilevarsi che gli artt. artt. 45 e 55 l.f., richiamati dall'art. 169, l.f., oltre che l'art. 168, co. 1, l.f., individuano il momento di cristallizzazione del patrimonio del debitore la data di presentazione della domanda. Inoltre, l'art. 184, l.f., nel rendere obbligatorio il concordato per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese, attribuisce all'omologazione del concordato preventivo effetto esdebitatorio rispetto alla parte di credito stralciato (circa l'efficacia remissorio-liberatoria totale ed esdebitatoria del concordato preventivo cfr. Cass. n. 3957 del 18/03/2003 e anche Cass. n. 27489 del 22/12/2006) e pone nel nulla le cause di prelazione anteriormente ottenute.

Alla luce di tali considerazioni i flussi futuri non possono considerarsi quale parametro di valutazione per l'individuazione del migliore interesse dei creditori. Del resto, senza la continuità non si potrebbe neppure ipotizzare la loro sussistenza. In altri termini dalla presentazione della proposta concordataria e dall'effetto cristallizzante che ne consegue si fa derivare che il patrimonio oggetto della garanzia patrimoniale generica sia solo quello esistente a quel momento, non potendosi far rientrare tutto quanto sia successivamente prodotto in seguito alla prosecuzione dell'attività d'impresa derivante dal piano concordatario. Da tale conseguenza discende, come ulteriore corollario, che il debitore concordatario possa destinare in modo del tutto discrezionale tali flussi, senza essere tenuto a rispettare il disposto dell'art. 2741 c.c..

In tale prospettiva, dall'art. 182 *bis*, co. 2, lett. b), si fa derivare che il surplus derivante dalla continuità va destinato alla migliore soddisfazione dei creditori rispetto all'ipotesi liquidatoria; in altre parole le risorse generate dalla continuità vanno a vantaggio dei creditori quanto meno fino alla concorrenza del valore di liquidazione del patrimonio del debitore, comprensivo anche del surplus di un eventuale prevedibile esercizio provvisorio da parte del curatore fallimentare.

Le disposizioni di cui agli art. 160, co. 2, l.f. e, in caso di transazione fiscale, l'art. 182 *ter* l.f. - introducono a loro volta deroghe rispetto ai principi sanciti dall'art. 2740 e 2741 c.c.



stabilendo, con formulazione quasi identica, i limiti della falcidiabilità del crediti privilegiati. La soddisfazione non integrale dei creditori muniti di privilegio, secondo tali norme, non può essere inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, *"sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)"*, con la precisazione contenuta nell'art. 160, co. 2, che stabilisce: *"Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine della cause legittime di prelazione"* e dell'art. 182 *ter* secondo cui, per il credito tributario o contributivo assistito da privilegi, *"la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiose rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie"* o se detto credito ha natura chirografaria il trattamento non può essere differenziato da quello degli altri creditori chirografari o della classe per la quale è previsto un trattamento più favorevole.

Deve quindi ritenersi che, nel concordato in continuità, il maggior valore derivante dall'attuazione del piano concordatario, rispetto a quello dell'attivo esistente al momento della domanda di concordato costituisce un surplus concordatario che può essere liberamente distribuibile dal debitore alla stregua di quella che viene comunemente definita quale finanza esterna. L'attivo esistente al momento del deposito del ricorso, infatti, costituisce il limite minimo di soddisfazione della garanzia dei creditori prelatizi, raggiunta la quale le risorse ulteriori possono essere liberamente distribuibili (in tal senso Trib. Firenze 2/11/2016, in *Il Fallimento*, 2017, 313).

Qualora si sposasse la diversa tesi, in difetto di surplus residuo, un concordato in continuità potrebbe essere proposto ed omologato solo in presenza di un requisito di ammissibilità non previsto normativamente, vale a dire con immissione da parte del proponente di finanza esterna esogena. Ciò non consentirebbe un concordato in continuità che potenzialmente potrebbe essere migliorativo per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare, nella quale, invero, detti creditori privilegiati potrebbero anche rimanere incapienti, in controtendenza rispetto al maggior favore riconosciuto dal legislatore alla soluzione concordataria della crisi d'impresa rispetto a quella fallimentare.



D'altro canto va rilevato e ribadito che nel giudizio che va compiuto ai fini delle norme citate e, dunque, nel raffronto tra l'ipotesi in continuità e quella di liquidazione da parte del curatore fallimentare, non può venire in rilievo il "patrimonio futuro" del debitore, atteso che in caso di fallimento non sarebbero acquisibili alla procedura concorsuale i benefici generabili dalla prosecuzione dell'attività attraverso la procedura di concordato preventivo, se non quelli prodotti nella - limitata e finalizzata alla liquidazione - prosecuzione dell'attività economica in sede di esercizio provvisorio o di cessione di azienda.

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene, pertanto, di poter giungere alla conclusione che nel concordato in continuità è astrattamente possibile la falcidia dei creditori privilegiati. Occorre, però, a tal fine, che venga allegata dal proponente un'attestazione che fornisca un giudizio che sia quantomeno di equivalenza tra la provvista concordataria e il risultato di una liquidazione fallimentare che tenga conto anche del possibile esercizio provvisorio o della cessione d'azienda, circostanza che, nella specie, è stata garantita, mediante i rilievi sollevati dal Tribunale, superati tramite le argomentazioni spese dalla proponente in ragione dello specifico mercato di riferimento (si veda in proposito, Corte App. Venezia 19 luglio 2019, su [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); Trib. Perugia 4 giugno 2019,; Trib. Perugia 7 novembre 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Prato 7 ottobre 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Massa 4 febbraio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Rovereto 13 ottobre 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) ).

Dalle considerazioni che precedono deriva, quindi, il rigetto dell'opposizione.

### 2.3 Le osservazioni di

Le considerazioni espresse nella memoria trovano risposta nel precedente paragrafo 2.1.

In ogni caso, le stesse, non rappresentando un'opposizione all'omologa vanno dichiarate inammissibili.

### 3. La regolarità della procedura e la permanenza delle condizioni di ammissibilità

Ritiene il Tribunale che, alla luce della sintesi delle vicende procedurali già riportata in premessa, la procedura si sia svolta regolarmente.



La società, con decreto ex art. 163, l.f., è stata ammessa al concordato preventivo; ciò posto, anche in questa sede, esaminati gli atti e le opposizioni proposte, si conferma quanto già accertato circa l'ammissibilità della procedura.

I Commissari giudiziali hanno depositato la loro relazione ai sensi dell'art. 172, l.f., nei termini previsti, successivamente integrandola alla luce del rinvio dell'adunanza dei creditori. All'esito della votazione è stata raggiunta la maggioranza dei creditori ammessi al voto e tale maggioranza si è verificata nel maggior numero delle classi; il concordato è, quindi, stato approvato a norma del primo comma dell'art. 177, l.f.

In data 27.11.2019 si è tenuta l'udienza per l'omologazione e i Commissari, pur non essendosi costituiti, hanno depositato il loro parere ai sensi dell'art. 180 l.f., favorevole all'omologa, alla luce della compiuta ed approfondita disamina dell'andamento economico della società nel periodo in cui si è svolta la procedura.

In particolare i Commissari hanno evidenziato, alla luce delle relazioni depositate dalla società, che le rettifiche apportate alla situazione contabile 2018 comportano complessivamente riflessi positivi sulle probabilità di attuazione del piano, soprattutto in relazione alla revisione tariffaria, che riverbera effetti positivi anche per gli esercizi successivi, e alle precisazioni di credito ricevute in sede di adunanza dei creditori.

I Commissari, quindi, hanno confermato la ragionevolezza delle assunzioni e la possibile fattibilità del Piano, fermo restando che lo stesso è strutturalmente esposto a incertezze, principalmente in ordine all'incasso dei crediti ed al cambiamento del contesto regolatorio, mitigate dalla previsione di fondi rischi generici, di una cassa minima di sicurezza, nonché, di talune rettifiche tecniche alla ~~previsione dei ricavi~~; pertanto, hanno ritenuto di confermare la plausibilità delle conclusioni della Società in merito alla potenziale maggiore convenienza per i creditori derivante dalla continuità concordataria rispetto alle altre ipotesi concretamente praticabili.

L'andamento economico e finanziario della gestione fino al 31.10.2019 è, del pari, stato nel complesso in linea con le previsioni del piano e non ha evidenziato circostanze tali da modificare il giudizio prognostico già formulato in ordine alla sua fattibilità, poiché il principale indicatore di performance sfavorevole rispetto al piano (i minori ricavi di esercizi precedenti per recupero di utenze sommerse) è stato tendenzialmente compensato sia dal meccanismo tecnico di stima dei ricavi che dagli effetti passati e futuri della



favorevole revisione tariffaria, fermi restando, inoltre, gli altri fattori di mitigazione dei rischi di attuazione del piano. Va evidenziato, infatti, che il risultato è al momento nel complesso migliorativo rispetto alle previsioni in ragione degli effetti attesi dalla revisione tariffaria. Il pieno raggiungimento degli obiettivi di piano richiede anche l'entrata a regime degli effetti delle azioni avviate sul recupero del sommerso (che, partite solo nel 2019, non hanno ancora espresso un volume di introiti pari a quello atteso, ancorché l'effetto trovi compensazione nel maggior recupero dalle utenze in anagrafica).

Con riferimento al recupero dei crediti pregressi e delle utenze sommerse, indubbiamente il principale fattore critico di successo del piano, la società ha assunto politiche particolarmente incisive, potenziando il recupero per vie legali e anche ricorrendo alla denuncia all'autorità giudiziaria laddove l'utente abusivo individuato opponga resistenza alla regolarizzazione. Inoltre, è in fase di perfezionamento, ed è previsto dopo l'omologa, l'affidamento a una società specializzata (che fa leva sull'ingiunzione fiscale) del recupero di crediti vantati verso utenze cessate o misurate a forfait, per circa euro 10 milioni. Per il recupero dei crediti, è in fase di sperimentazione anche il ricorso alla mediazione stragiudiziale.

La "bonifica dell'anagrafica delle utenze" ha permesso, secondo quanto contenuto nella relazione aggiornata, di rendere fatturabili n. 12.000 utenze che altrimenti con la fatturazione elettronica, per incompletezza dei dati, non avrebbero potuto essere fatturate e che rende peraltro ora più agevole anche lo stesso recupero dei crediti.

La riorganizzazione aziendale, formalizzata con le rappresentanze sindacali, ha portato ad alcuni prepensionamenti che consentono di realizzare gli obiettivi di efficienza previsti nel piano, e soprattutto ha orientato buona parte delle risorse interne ed esterne alle attività di recupero crediti, ricerca di utenze abusive, monitoraggio del ciclo attivo corrente, a ulteriore supporto della predetta azione di piano.

Infine, la società ha segnalato l'avvio della procedura di preventivazione e acquisto di un nuovo software gestionale, da fornitore aggiudicatario Consip, che darà ulteriore contributo al miglioramento dei processi amministrativi, dai quali dipende in parte rilevante lo stesso buon esito delle procedure di fatturazione, incasso e contabilità, rivelatisi in passato la principale disfunzione della società.



L'analisi delle relazioni, quindi, consente di confermare il giudizio positivo sull'adeguatezza e la fattibilità del piano concordatario in continuità, caratterizzato da adeguate strategie di efficientamento dell'attività d'impresa e, quindi, funzionale al maggior soddisfacimento dei creditori.

Alla luce delle considerazioni che precedono, quindi, il concordato deve essere omologato.

#### 4. Le disposizioni accessorie

La proposta oggi omologata non prevede la cessione di beni della società debitrice ed il piano è meramente in continuità.

Non sarà necessario, pertanto, provvedere alla nomina di un liquidatore, né procedere alla nomina del comitato dei creditori.

Come noto, l'art. 186 *bis* l. f. non reca una specifica disciplina della fase di esecuzione del concordato con continuità aziendale; a tal fine, occorre, quindi, fare riferimento all'art. 185 l.f. che affida la sorveglianza al Commissario giudiziale e stabilisce che il Tribunale, nel provvedimento di omologa, ne indica le modalità, senza indicarne con precisione in contenuto.

Ebbene, nel concordato in continuità aziendale diretta, a differenza del concordato liquidatorio con cessione dei beni ai creditori, il debitore assume un'obbligazione di pagamento di un importo determinato da conseguire mediante la generazione dei flussi della continuità.

Come noto, con l'omologazione viene meno il c.d. spossessamento attenuato caratteristico della procedura concordataria e il ricorrente riacquista la pienezza dei poteri gestori e di disposizione patrimoniale. Ciò posto, la gestione dell'impresa deve tener conto della necessità di dare attuazione al piano concordatario e degli obblighi assunti nei confronti dei creditori con la proposta omologata. Occorre, quindi, tener conto da un lato della ri-espansione dei poteri gestori dell'impresa e, dall'altro delle finalità della procedura concordataria.

È quindi necessario stabilire specifiche prescrizioni per la società debitrice e attribuzioni dei Commissari giudiziali per il periodo di esecuzione del piano, senza che ciò comporti indebite intromissioni nella gestione imprenditoriale.



Vanno, inoltre, stabilite le modalità attraverso cui possa esplicarsi la sorveglianza dell'adempimento del concordato che l'art. 185 l.f. continua ad affidare al commissario giudiziale.

A ciò si provvede come in dispositivo, indicando nel giudice già delegato alla procedura il destinatario delle comunicazioni informative rivolte all'ufficio.

\*\*\*

Quanto alle spese del giudizio di omologazione, pur in presenza di opposizioni, le stesse vanno compensate tra le parti atteso la presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti e considerato che la proposizione delle opposizioni non ha comunque, comportato attività difensiva ulteriore rispetto a quanto reso necessario dalla ordinaria costituzione nel giudizio di omologa e dalle attività difensive connesse a rilievi che avrebbero rivestito rilevanza nel giudizio di omologazione anche qualora non fossero stati mediati dalle opposizioni, trattandosi di deduzioni relative alla potenziale inammissibilità della proposta.

P.Q.M.

Il Tribunale:

RIGETTA

le opposizioni presentate da [REDACTED] e da [REDACTED] - Direzione provinciale di l'Aquila, compensando integralmente le spese di lite tra le parti;

OMOLOGA

il concordato preventivo proposto dal [REDACTED] S.P.A. con sede legale [REDACTED] in persona del Presidente del Consiglio di gestione e legale rappresentante *pro tempore*, presentato con ricorso, corredato dal piano e dalla documentazione di cui agli artt. 160, co. 2, e 161, co. 2 e 3, l.f., depositato in data 15.10.2018 e successive integrazioni e modifiche;

STABILISCE

le seguenti modalità di esecuzione:



- 1) i Commissari Giudiziali provvederanno a redigere e depositare in cancelleria, entro tre mesi dalla comunicazione del presente provvedimento, un elenco delle passività, sentita la debitrice;
- 2) la società debitrice provvederà alla riscossione dei crediti, nonché al compimento di tutte le attività necessarie o utili alla esecuzione del concordato, secondo il programma contenuto nel piano omologato;
- 3) la società, con riferimento alle transazioni di valore superiore ad euro 100.000 e ad ogni altro diverso atto di straordinaria amministrazione, dovrà munirsi del parere non vincolante dei Commissari giudiziali e, al contempo, notificare il Giudice delegato, allegando il suddetto parere;
- 4) la società debitrice verserà le somme ricavate dalla continuazione dell'attività d'impresa necessarie a dare esecuzione ai riparti a favore creditori concordatari sul conto corrente già acceso, intestato alla procedura, in ottemperanza ai termini di pagamento previsti dalla proposta;
- 5) la società debitrice predisporrà: a) un piano gestionale annuale da depositare in cancelleria ed inviare ai Commissari giudiziali, i quali potranno presentare osservazioni; b) ogni tre mesi, una relazione sullo stato della continuità aziendale, contenente l'indicazione delle iniziative assunte e di ogni altra circostanza rilevante corredata da un report recante la situazione economico-patrimoniale aggiornata, da depositare in cancelleria e da comunicare ai Commissari Giudiziali che potranno presentare osservazioni; la relazione sarà poi trasmessa al Giudice delegato il quale apporrà il proprio visto;
- 6) la società debitrice provvederà ad informare tempestivamente il Giudice Delegato ed i Commissari Giudiziali di ogni circostanza suscettibile di determinare l'impossibilità di pervenire alla corretta attuazione del piano;
- 7) la società debitrice provvederà, secondo le scadenze temporali previste nella proposta omologata, a distribuire le disponibilità liquide tra i creditori concorrenti secondo l'ordine previsto nella proposta omologata, sulla base di piani di riparto predisposti dalla società, sotto la vigilanza dei Commissari giudiziali e depositati in Cancelleria, tenendo conto delle spese di procedura già sostenute e prevedibilmente da sostenere che possano eccedere le disponibilità dell'apposito deposito già in essere; i piani



di riparto dovranno altresì prevedere l'accantonamento della somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili; i pagamenti in esecuzione del piano di riparto verranno effettuati dai Commissari con le risorse giacenti sul conto corrente della procedura e potranno essere eseguiti anche con l'ausilio della società, tenuto conto della tipologia e del numero di soggetti coinvolti; i pagamenti ai singoli creditori verranno eseguiti mediante bonifico bancario o assegno circolare, con successiva trasmissione agli atti della procedura di copia della relativa documentazione;

8) per i pagamenti di crediti contestati la società debitrice provvederà a depositare gli importi risultanti dall'elenco di cui al punto 1), maggiorati, ove si tratti di crediti muniti di privilegio o ipoteca, degli interessi maturati sul conto corrente intestato alla procedura o secondo le modalità alternative da indicarsi da parte del giudice delegato, cosicché, al ricorrere degli eventi indicati, possano essere versate ai creditori a cui spettano o fatte oggetto di riparto supplementare; analogamente si procederà per i pagamenti destinati a creditori irreperibili;

9) i Commissari giudiziali potranno avere accesso ai locali, ai libri contabili e sociali, alla documentazione amministrativa e bancaria della società, al fine di operare i più opportuni controlli circa l'esecuzione del piano concordatario, con l'avvertenza che l'accertamento di ogni fatto pregiudizievole dell'interesse dei creditori concorsuali all'adempimento della proposta concordataria dovrà essere tempestivamente comunicato al giudice delegato;

10) i Commissari giudiziali, qualora accertino inadempimenti di non scarsa importanza degli obblighi concordatari, ne daranno comunicazione al giudice delegato, a tutti i creditori concorsuali per l'eventuale iniziativa, a loro riservata, diretta ad ottenere la risoluzione del concordato;

11) riserva al giudice delegato il potere di assumere ogni altro opportuno provvedimento e di autorizzare ogni ulteriore e diversa attività non espressamente prevista nei punti precedenti, che si rivelasse necessaria nella fase di attuazione del concordato.

#### DISPONE

che il presente decreto sia, a cura della cancelleria, pubblicato a norma dell'art. 17, l.f., e comunicato alla debitrice ed ai Commissari Giudiziali, i quali provvederanno a darne



notizia ai creditori; che il presente decreto sia trasmesso alla cancelleria fallimentare per l'inserimento nel fascicolo del concordato preventivo.

Avezzano 12.02.2020

Il Giudice relatore  
*(dott.ssa Caterina Lauro)*

Il Presidente  
*(dott. Antonio Stanislao Fiduccia)*

