

(C.F./P.I. 08445111001), anche denominata BIIS S.P.A.,
che ha incorporato la Banca OPI S.P.A., in persona del
legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in [REDACTED],
[REDACTED], che la rappresenta
e difende, giusta procura in calce al controricorso;

FALLIMENTO DELLA SOCIETA' FORMIA SERVIZI S.P.A. (C.F.
[REDACTED] in persona del Curatore avv. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], che lo rappresenta e difende,
giusta procura a margine del controricorso;

- **controricorrenti** -

contro

FORMIA SERVIZI S.P.A., COMUNE DI FORMIA;

- **intimati** -

avverso la sentenza n. 974/2011 della CORTE D'APPELLO
di ROMA, depositata il 08/03/2011;

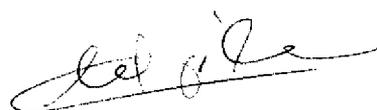
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 31/10/2012 dal Consigliere Dott. ANTONIO
DIDONE;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato [REDACTED] che ha
chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per il controricorrente Fallimento, l'Avvocato
[REDACTED] che ha chiesto il rigetto del ricorso;



udito, per la controricorrente Banca, l'Avvocato
██████ che ha chiesto il rigetto del ricorso;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. AURELIO GOLIA che ha concluso per
l'inammissibilità del ricorso.



Ritenuto in fatto e in diritto

1.- Con la sentenza impugnata (depositata in data 8.3.2011) la Corte di appello di Roma ha rigettato i reclami separatamente proposti (successivamente riuniti) dalla s.p.a. Formia Servizi e dalla s.r.l. "Moltipiano del Golfo società consortile a r.l." avverso la sentenza del Tribunale di Latina del 23.9.2010 che aveva dichiarato il fallimento della predetta s.p.a. "Formia Servizi".

Per quanto ancora interessa, la corte di merito ha ritenuto che la sentenza impugnata non fosse nulla per mancanza di motivazione (denunciata come solo apparente), che la società fallita, pur essendo società mista partecipata dal Comune di Formia, fosse soggetta alle procedure concorsuali e che la stessa versava in stato di insolvenza.

Contro la sentenza di appello la "Moltipiano del Golfo società consortile a r.l." ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi.

Resistono con controricorso la creditrice istante, s.p.a. Banca Infrastrutture Innovazione e Sviluppo, e la curatela fallimentare. Non hanno svolto difese la s.p.a. Formia Servizi e il Comune di Formia.

Nel termine di cui all'art. 378 c.p.c. parte ricorrente e la banca resistente hanno depositato memoria.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'APG' followed by a flourish, is written over a horizontal line.

2.- Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente denuncia: <<Violazione e falsa applicazione dell'art. 132, n. 4, cod.proc.civ., non contenendo la sentenza di appello de qua alcuna motivazione in merito all'esistenza dei presupposti della dichiarazione di fallimento, e ciò anche in considerazione di analogo vizio di motivazione della sentenza dichiarativa di fallimento: art. 360, n. 3 cod.proc.civ.

Omessa e, comunque, insufficiente motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia in quanto la Corte di Appello si è limitata ad asserire apoditticamente che "non si ravvisa alcun vizio della motivazione della sentenza reclamata nella quale sono esposti tutti gli elementi che determinano la dichiarazione di fallimento", mentre, nella sentenza dichiarativa di fallimento, si asserisce apoditticamente che sussistono i presupposti di fallibilità della società senza alcuna individuazione degli stessi e senza considerare l'articolate e documentate contestazioni di cui alla memoria difensiva della società fallenda: art. 360, n. 5 cod.proc.civ.

Deduce che dinanzi alla Corte di Appello, sia la Formia Servizi, sia la Multipiano, avevano dedotto difetto di motivazione della sentenza perché, come risulta dalla sentenza di fallimento, malgrado la Formia Servizi si fosse costituita in giudizio, contestando i presupposti di

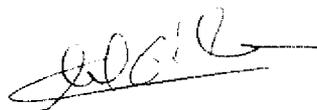


cui all'art. 1 L.F. e, in particolare, che l'impresa svolgesse attività imprenditoriale, il Tribunale di Latina ha dichiarato il fallimento con la motivazione tautologica che segue: "ritenuto, altresì, che dagli atti dell'istruttoria prefallimentare risultano sussistere i presupposti di fallibilità".

2.2.- Con il secondo motivo parte ricorrente denuncia: <<Violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e segg, cod.civ. nonché dei principi che disciplinano l'interpretazione negoziale e, in particolare, degli artt. 1362 secondo comma e 1363 cod.civ.: art.360 n.3 cod.proc.civ. Insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia: art. 360 n.5 cod.proc.civ. Omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, nonché violazione dell'art. 112 cod.proc.civ. per avere la Corte di Appello ignorato alcuni indici del carattere pubblicistico della società, specificamente indicati nel nostro appello: art. 360 n. 5 cod.proc.civ., nonché art. 360 n.4 cod.proc.civ.>>.

In estrema sintesi deduce che: <<la Corte di Appello ha ignorato le circostanze di seguito indicate:

i) che la Formia Servizi S.p.A. era stata costituita in forza di deliberazione del Consiglio Comunale di Formia del 28 dicembre 1996 n. 158, con la quale era stato approvato lo Statuto della società;



ii) che con delibera dello stesso Consiglio Comunale del 30 giugno 1997 n. 71, era stata avviata una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato;

iii) che l'attività della Società era direttamente influenzata dagli atti programmatori del Comune di Formia;

iv) che Formia Servizi S.p.A. era soggetta all'attività ispettiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 e, quindi, ai sensi del medesimo articolo 60, comma 3, era espressamente qualificata come Ente Pubblico;

v) che, a conferma di quanto sopra, nel corso del 2008, Formia Servizi S.p.A. era stata sottoposta ad ispezione a cura del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

vi) che il Comune di Formia, avvalendosi della Formia Servizi S.p.A., quale Ente Strumentale, aveva inteso realizzare sull'area di proprietà dello stesso Comune di Formia, un parcheggio multipiano al fine di risolvere il problema della sosta e, quindi, decongestionare la viabilità nel centro cittadino (cfr. atto di concessione Atto Rep. 92418 del 03.10.2006 per Notar Ranucci);

vii) che la società risultava, inoltre, dotata di poteri tipicamente pubblicistici; ed invero, la Società svolgeva le funzioni amministrative e fiscali di competenza del Comune, ivi comprese quelle di riscossione della Tariffa per il parcheggio nei confronti degli utenti;



viii) che il credito di € 4.994.527,44, vantato dalla Banca Infrastrutture Innovazione e Sviluppo S.p.A. - BIIS (che ha incorporato la Banca OPI S.p.A.), nei confronti della società dichiarata fallita e posto a base dell'istanza di fallimento, era stato erogato da un istituto di credito, che, per statuto, erogava credito esclusivamente ad Enti Pubblici e, comunque, era stato integralmente oggetto di fidejussione omnibus da parte del Comune di Formia, che aveva espressamente prestato, in favore della società fallita, ogni più ampia garanzia>>.

3.1.- Il primo motivo di ricorso è inammissibile perché <<in considerazione dell'effetto sostitutivo della pronuncia della sentenza d'appello e del principio secondo cui le nullità delle sentenze soggette ad appello si convertono in motivi di impugnazione, con la conseguenza che il giudice di secondo grado investito delle relative censure non può limitarsi a dichiarare la nullità ma deve decidere nel merito, non può essere denunciato in cassazione un vizio della sentenza di primo grado ritenuto insussistente dal giudice d'appello>> (Sez. L, Sentenza n. 11537 del 28/12/1996, in fattispecie in cui la nullità sarebbe derivata dalla totale mancanza di motivazione in diritto nella sentenza di primo grado; Sez. L, Sentenza n. 1612 del 16/02/1998; Sez. L, Sentenza n. 17072 del 03/08/2007).



D'altra parte, il giudice di appello che rileva l'assoluta carenza di motivazione della sentenza impugnata non può rimettere la causa al primo giudice ma deve decidere nel merito perché il vizio di carenza di motivazione non rientra tra quelli tassativamente indicati dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ. (Sez. 3, Sentenza n. 6243 del 25/05/1992) e, nella concreta fattispecie, la corte del merito ha adeguatamente giustificato la decisione di rigetto del reclamo sia in relazione alla questione dell'assoggettabilità della società mista al fallimento sia in relazione alla sussistenza dello stato di insolvenza della società ricorrente.

3.2.- Il secondo motivo è infondato.

Invero, la Corte di merito ha innanzitutto accertato che l'oggetto sociale della società è molto ampio, non prevede attività di interesse pubblico da esercitarsi in via prevalente, oltre a comprendere attività d'impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato (come la realizzazione di parcheggi; la gestione di servizi portuali e turistici, servizi di trasporto, gestione di mense; lavori di manutenzione e giardinaggio, ecc.) e ha correttamente concluso che esso non costituisce, nella concreta fattispecie, un discrimine per ravvisare l'esistenza dell'ente pubblico, tenendo conto che la giurisprudenza ha escluso la soggezione al



fallimento solo quando la società ha quale oggetto sociale esclusivo un servizio tramite il quale l'Ente pubblico raggiunge scopi istituzionali.

La corte di appello, poi, ha evidenziato che nello statuto di Formia Servizi s.p.a. non sono previsti poteri dei soci pubblici, tali da snaturare l'attività ed il funzionamento della società e dei suoi organi o da piegarli alla volontà dell'ente pubblico, attraverso un forte potere di ingerenza dello stesso; assenza di poteri di influenza ed ingerenza che per la giurisprudenza sono sintomatici della natura di società assoggettabile a fallimento.

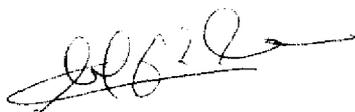
Quanto ai poteri del socio pubblico, disciplinati dall'articolo 14 dello statuto la corte di merito ha osservato che, in base all'art. 14 i titolari delle azioni di categoria A (cioè i soci pubblici) esprimono sempre un consigliere in più nel consiglio di amministrazione rispetto ai possessori di azioni di categoria B (soci privati). Inoltre, i consiglieri emanazione dei soci privati sono sempre eletti solo da questi ultimi (fino al numero di 3); mentre gli altri (fino al numero di 4) sono eletti dal Comune di Formia e dagli altri soci pubblici.

Tale previsione, secondo i giudici del merito, afferma sostanzialmente che il c.d.a. deve rispecchiare la maggioranza del capitale, la quale nella specie deve essere in mano a soggetti pubblici e, d'altra parte, anche



nelle società con soci esclusivamente privati il c.d.a. è espressione delle maggioranze e delle minoranze del capitale (eccettuata la eventuale conclusione di patti parasociali sulla composizione del c.d.a.) e, per le società con soci pubblici, il principio è espressamente previsto dall'art. 2449 c.c. nella attuale formulazione (prescindendo dalla valutazione dell'applicazione di tale norma al caso di specie).

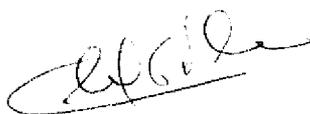
Ciò, d'altro canto, non comporta alcuna ingerenza reale del soggetto pubblico nella gestione della società: l'amministratore delegato (art. 18) è infatti nominato tra componenti scelti dai soci privati. Nel resto, nello statuto, i diritti dell'azionista pubblico non sono più pregnanti; non sono previsti poteri speciali, clausole di gradimento di sorta, con i quali si vuole raggiungere tale risultato; non sono previsti quorum deliberativi nelle assemblee sociali più favorevoli all'Ente pubblico; non è previsto che l'organo gestorio o l'assemblea siano in qualsiasi modo limitati o condizionati nelle loro rispettive prerogative da pareri o autorizzazioni dell'Ente pubblico; infine, non è previsto che i ricavi o gli utili siano destinati a ridurre il debito pubblico o ad altri scopi di pubblica utilità; non è previsto che, nel caso di scioglimento, la nomina del liquidatore sia riservata al socio pubblico. Infine, non vi sono patti



parasociali conclusi allo scopo predetto. L'azionista pubblico e la società, ai sensi dello statuto, sono cioè destinati ad operare in reciproca autonomia e, pur in presenza di atti di cattiva gestione societaria da parte del pregresso organo gestorio (dedotti dalla stessa debitrice nelle proprie difese), che hanno attualmente condotto a deliberare l'azione sociale di responsabilità nei confronti di tali amministratori, il Comune non ha potuto evidentemente esercitare alcun diritto ulteriore rispetto a quelli normalmente riservati ai soci privati di s.p.a.

Irrilevante, infine, era l'uso della convenzione.

3.3.- La corte di merito, dunque, ha correttamente applicato il principio da tempo enunciato da questa Corte secondo il quale «la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico": il rapporto tra la società e l'ente locale "è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente



sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali". Invero, la legge non prevede "alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale... La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società... avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 c.)>> (Sez. Unite, Sentenza n. 7799 del 15/04/2005; Cass. Sez. Un. 6.5.1995, n. 4989; 6.6.1997, n. 5085; 26.8.1998, n. 8454).

Dunque, la circostanza che nella fattispecie la fallita sia una società per azioni con partecipazione pubblica del Comune non muta la sua natura di soggetto di diritto privato.

Va ricordato, peraltro, che <<le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento



indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile per l'impresa non collettiva stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale» (Sez. 1, Sentenza n. 8694 del 26/06/2001).

Quanto alla riscossione della tariffa per il servizio pubblico, alla natura del credito della banca istante e alle finalità da questa perseguite, nonché alla garanzia prestata dal Comune, va rilevato che già da tempo questa Corte ha precisato che «una società per azioni, concessionaria dello stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato - e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e così suscettibile di



essere sottoposto ad amministrazione controllata (art 187 legge fallimentare) - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio>> (Sez. 1, Sentenza n. 158 del 10/01/1979).

Quanto, infine, alla soggezione al potere di vigilanza e di controllo, il cui esercizio radica la giurisdizione amministrativa, esso consiste nell'attività di verifica nella correttezza dell'espletamento del servizio e riguarda, pertanto, l'attività operativa del gestore e, quindi, nella fattispecie, della società (cfr. Sez. U, Sentenza n. 7799 del 15/04/2005) nei suoi rapporti con l'ente locale e con lo Stato e non certo i rapporti con i terzi e la responsabilità che ne deriva per la società stessa.

Nella concreta fattispecie è invocato un controllo (ex art. 60 d.lgs. n. 165/2001) che ha riguardo al costo del lavoro e non a caso il comma 3 della menzionata disposizione fa riferimento agli <<enti pubblici economici>> e alle <<aziende che producono servizi di



pubblica utilità>> (tenuti a comunicare alla Presidenza del Consiglio dei ministri <<il costo annuo del personale comunque utilizzato, in conformità alle procedure definite dal Ministero del tesoro>>).

Né giova, ai fini qualificatori della società in questione, il concetto di organismo di diritto pubblico perché le Sezioni Unite (Sentenza n. 8225 del 07/04/2010) hanno precisato che <<ai fini della qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico, l'art. 3, comma 26, del d. lgs. n. 163 del 2006 dev'essere interpretato, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, nel senso che devono sussistere *cumulativamente* i seguenti tre requisiti: a) l'ente dev'essere dotato di personalità giuridica; b) la sua attività dev'essere finanziata in modo maggioritario ovvero soggetta al controllo o alla vigilanza da parte dello Stato o di altro ente pubblico territoriale o di organismo di diritto pubblico; c) l'ente (anche in forma societaria) dev'essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale. In particolare, quest'ultimo requisito non sussiste quando l'attività sia svolta nel mercato concorrenziale e sia ispirata a criteri di economicità, essendo i relativi rischi economici direttamente a carico dell'ente>>.



Principio affermato richiamando anche la sentenza del 10 maggio 2001 n. 223 (cause riunite C-223/99 e C-260/99), con la quale la Corte di giustizia delle Comunità Europee - cui era stata sottoposta una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE - ha ritenuto - tra l'altro - che un ente <<che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività e che opera in ambiente concorrenziale, non costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), comma 2, della direttiva>>.

Più di recente, poi, si è ribadito che la figura dell'organismo di diritto pubblico, ai fini dell'affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 104 del 2010, non ricorre quando ha <<finalità statutarie orientate al soddisfacimento delle esigenze di carattere industriale o commerciale>> (Sez. U, Ordinanza n. 13792 del 01/08/2012). Quelle finalità, dunque, in concreto individuate dai giudici del merito nello statuto della s.p.a. Formia Servizi.

Da ultimo va evidenziato che neppure l'applicazione del metodo c.d. "funzionale" giova alla tesi della società ricorrente perché, se la ratio della previsione della non fallibilità degli enti pubblici contenuta nell'art. 1



l.fall. <<consiste nella incompatibilità della procedura fallimentare, con il suo carattere di esecuzione generale ed il suo fine di tutela delle ragioni dei creditori, rispetto all'ordinaria attività dell'ente pubblico, che sarebbe paralizzato nella sua attività e, conseguentemente, impedito nel perseguimento del suo interesse pubblico>>, nella concreta fattispecie la corte di merito ha correttamente escluso - con accertamento in fatto adeguatamente giustificato - che si verta in materia di servizio pubblico essenziale.

Il ricorso, dunque, deve essere rigettato.

Le spese - nella misura determinata in dispositivo - seguono la soccombenza.

P.Q.M.

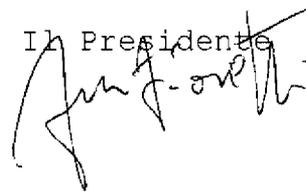
La Corte rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate per ciascuna parte resistente, in euro 4.200,00 di cui euro 200,00 per esborsi, oltre accessori come per legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 31 ottobre 2012

Il consigliere estensore



Il Presidente



Depositato in Cancelleria

■

6 DIC 2012

IL CANCELLIERE
Alfonso Madafferi