

## Direzione

**Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio**

### **Comitato scientifico**

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

### **Redazione di Bari**

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone, Rocco Lombardi

### **Redazione di Foggia**

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

### **Redazione di Lecce**

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

### **Redazione di Napoli**

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

### **Redazione di Roma**

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

### **Redazione di Taranto**

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a  
70100 – BARI - (Italy)  
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329  
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino  
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:  
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -  
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona  
74121 - TARANTO - (Italy)  
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011  
redazione.ibattellidelreno@uniba.it  
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Davide De Filippis

COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI E SOCIETÀ PUBBLICHE

SPUNTI PER UN'INTERPRETAZIONE «ADEGUATRICE»

SOMMARIO: 1. L'ambito di applicazione soggettiva della composizione negoziata: le società pubbliche – 1.2. La composizione negoziata quale (possibile) contenuto del piano di risanamento – 2. Il ruolo dell'esperto al cospetto delle società pubbliche – 2.1. Le trattative: la gestione dell'impresa e la partecipazione (diretta) del socio pubblico – 2.2. La rinegoziazione dei contratti e il trasferimento d'azienda: esclusione per le società pubbliche – 3. I possibili esiti delle trattative: il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio – 3.1. La liquidazione della società pubblica affidata a Fintecna S.p.A. – 4. Il compenso dell'esperto: l'inapplicabilità dei limiti pubblicitici

*1. L'ambito di applicazione soggettiva della composizione negoziata: le società pubbliche.* La composizione negoziata rappresenta un rimedio generale predisposto dal legislatore per consentire alle imprese di accedere a una forma di regolazione della crisi spostata molto in avanti (o indietro, a seconda dell'angolo visuale) rispetto all'emersione della crisi medesima<sup>1</sup>.

Il meccanismo di fondo, sintetizzando, consiste nel devolvere a un soggetto terzo (l'esperto), nominato da una commissione costituita presso la camera di commercio del capoluogo di regione (e delle Province autonome di Trento e di Bolzano), il compito di mettere d'accordo i creditori e l'imprenditore raggiungendo una soluzione, preferibilmente, negoziale (l'accordo) – o, eventualmente, una delle procedure alle quali normalmente il debitore potrebbe accedere (con l'eccezione del concordato semplificato)

---

<sup>1</sup> Per V. MINERVINI, *La nuova "composizione negoziata" alla luce della direttiva "insolvency". Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 259-260, il d.l. n. 118/2021 avrebbe introdotto un'«earliest warning, una sorta di allerta precocissima» (corsivi dell'A.).

– volta a evitare il peggioramento dello stato di (pre-)crisi<sup>2</sup>. Assai circoscritto è dunque il ruolo dell’Autorità giudiziaria, chiamata in causa, per esempio, quando si tratti di concedere misure protettive e cautelari o, ancora, le autorizzazioni a compiere atti quali finanziamenti prededucibili o trasferimenti d’azienda. In generale, la procedura – della quale già presso i primi commentari si è esclusa la configurazione in termini di procedura concorsuale<sup>3</sup> – presenta una matrice privatistica ed è rimessa all’iniziativa dell’imprenditore<sup>4</sup>.

L’art. 2, comma 1, include, nel campo soggettivo di applicazione della composizione, «l’imprenditore commerciale e agricolo che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza (...)».

Nonostante l’assenza di riferimenti espliciti, l’accesso alla procedura pare essere consentito alle società pubbliche<sup>5</sup>. Trattandosi di una vicenda “contrattata” tra debitore e creditori, non potrebbe sostenersi – a pena di un’inaccettabile discriminazione – l’esclusione delle società pubbliche qualora esercitino un’attività commerciale.

Sulla riconducibilità della società pubblica – nelle sue variegate formazioni (società a controllo pubblico, in house providing o a partecipazione mista pubblico-privata) – alla categoria dell’imprenditore commerciale non pare possibile esprimere dubbi di sorta<sup>6</sup>; il dibattito circa l’assoggettamento al fallimento e alle procedure concorsuali delle società pubbliche, anche se gestrici di un servizio pubblico locale, è ormai superato mercé

---

<sup>2</sup> Sul presupposto oggettivo che consente l’accesso alla composizione negoziata cfr., tra gli altri, A. ROSSI, *Composizione negoziata della crisi d’impresa: presupposti e obiettivi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 ottobre 2021, 1-11, e ID., *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell’imprenditore e risanamento dell’impresa*, in *Fallimento*, 2021, 1501 ss.

<sup>3</sup> In tal senso v. S. AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 919-920, e M. FABIANI e I. PAGNI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, 1480. Per una (ri)lettura della categoria delle procedure concorsuali con riguardo alla composizione negoziata nel senso di proporre una «concorsualità liquida», quale categoria che «giustifica e consente l’estensione degli effetti concorsuali anche in procedure non concorsuali, quali appunto la composizione negoziata» v. G. D’ATTORRE, *La concorsualità “liquida” nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, 301 ss., spec. 311 da cui si cita. Per un interessante contributo al dibattito circa l’opportunità di mantenere la categoria delle procedure concorsuali v. M. SPIOTTA, *È necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale (o di procedura di regolazione della crisi o di quadro di ristrutturazione)? Quando le categorie generali possono conservare funzionalità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 22 aprile 2022, 1 – 32.

<sup>4</sup> Interessanti, in proposito, sono le riflessioni di M. FERRO, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D.L. n. 118/2021*, in *Fallimento*, 2021, 1573 ss., spec. 1579, secondo il quale «nell’attesa che si compiano i due semestri delle trattative di cui all’art. 5, comma 7, D.L. n. 118 del 2021 il debitore va lasciato agire, per il bene di tutti, poiché la salvezza della sua impresa vale i costi sociali, economici ed informativi che la paralisi del diritto di credito induce ora a sopportare».

<sup>5</sup> Tra i pochi a essersi occupati della problematica v. C. TRENTINI, *Presupposto soggettivo*, in M. Irrera e S.A. Cerrato (diretto da), *La crisi d’impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022, 74-75, il quale risolve positivamente (e senza particolari distinzioni) l’estensione dell’ambito applicativo della disciplina alle società pubbliche.

<sup>6</sup> Per l’affermazione in virtù della quale «indipendentemente dalla natura dell’attività svolta, la società a partecipazione pubblica è per l’ordinamento un imprenditore commerciale e come tale assoggettato al relativo statuto a cominciare dalle procedure concorsuali» v. già F. FIMMANÒ, *L’ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell’attività*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 27 (corsivo dell’A.).

l'esistenza di un dato normativo (l'art. 14 del Testo unico partecipate<sup>7</sup>) che, inequivocabilmente, conduce nell'area dei soggetti fallibili tutte le società pubbliche<sup>8</sup>.

Se le società pubbliche sono imprenditori commerciali quando svolgono un'attività di questo tipo e, in quanto tali, sono assoggettabili a fallimento o alle altre procedure concorsuali, non vi sarebbero ragioni per negare a esse, al pari di quelle di diritto comune, l'accesso alla composizione negoziata per la soluzione della crisi.

Questa conclusione – per certi versi (quasi) semplicistica – va, tuttavia, sottoposta a una sorta di prova di resistenza.

Ci si potrebbe interrogare se la richiamata esclusione della natura di procedura concorsuale della composizione negoziata porti a negare l'ingresso delle società pubbliche nell'ambito applicativo della legge di recente conio. In effetti, il tenore letterale del richiamato art. 14 TUSP potrebbe far propendere per l'esistenza di un dato normativo che, in generale, assoggetta le società pubbliche a procedure aventi carattere concorsuale. Carattere che, come si diceva, sarebbe escluso, in generale, per la composizione negoziata della crisi.

A fronte di questa “resistenza” sul piano della norma generale, esistono, per vero, argomenti che permettono di sostenere il contrario e ricondurre, in tal modo, le società pubbliche nel l'ambito di applicazione della composizione negoziata.

Tali argomenti possono individuarsi come segue:

(i) *argomento legato al dato normativo*, la norma sull'ambito applicativo del d.l. n. 118/2021 pare a tal punto lata da non ammettere esclusioni tra gli imprenditori esercenti un'attività commerciale;

(ii) *argomento basato sull'autonomia privatistica delle società pubbliche*, sarebbe arduo negare, stante la dichiarata natura “privatistica” dello strumento di regolazione della crisi, la possibilità che la società pubblica si determini volontariamente per l'accesso alla composizione negoziata. Detto diversamente, per raggiungere un risultato contrario a quello sostenuto occorrerebbe: (ii<sub>1</sub>) una esplicita deroga alla previsione dell'art. 1, comma 3, TUSP per la quale sono applicabili alle «società a partecipazione pubblica» le «norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (corsivo aggiunto), o, in alternativa (ma sempre nello stesso senso), (ii<sub>2</sub>) un dato normativo che circoscriva, per le società partecipate/controllate da pubbliche amministrazioni, l'accesso

---

<sup>7</sup> Trattasi, partitamente, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, indicato di seguito nel testo con l'abbreviazione, comunemente adoperata, di “TUSP”: per un commento alla disciplina il rinvio non può che essere a V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, Wolters Kluwer, 2016. A mente della disposizione richiamata nel testo, «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».

<sup>8</sup> In proposito, sia consentito rinviare a C.L. APPIO, D. DE FILIPPIS, *Sulla fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 664 ss., e più di recente, con particolare riguardo alle società *in house providing*, C. GARILLI, *Società in house e crisi d'impresa alla luce dell'art. 14 TUSP*, in *Società*, 2021, 1055 ss. Un discorso a parte dovrebbe farsi con riguardo a quelle società qualificate come di diritto «singolare» o «speciale» ove è la legge o il provvedimento istitutivo/constitutivo a sancirne le sorti in caso di insolvenza.

solo alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare o da altre leggi speciali (diverse da quella sulla composizione negoziata).

In prospettiva, non può mancare, ancora, di notarsi come il recente schema di modifiche al Codice della crisi abbia previsto la sostituzione dell'allerta con la procedura di composizione negoziata della crisi<sup>9</sup>. Sostituita, così, l'allerta con la composizione negoziata, non sarebbe seriamente sostenibile che la società pubblica soggiacerebbe, pacificamente, alla prima (l'allerta)<sup>10</sup> e non alla seconda (la composizione negoziata), che l'ha rimpiazzata. Una simile conclusione dovrebbe valere, a maggior ragione, nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ove esiste una definizione normativa della società pubblica<sup>11</sup>: se l'opzione (legislativa) fosse stata nel senso di escludere le società pubbliche dalla composizione negoziata, il legislatore (dello schema di recente modifica del Codice della crisi) avrebbe dovuto dirlo chiaramente. Sicché il silenzio sembrerebbe doversi interpretare proprio come (implicita) inclusione delle nostre società nell'ambito applicativo della composizione negoziata per come (sarà) recepita nel Codice della crisi.

*1.1. La composizione negoziata della crisi quale (possibile) contenuto del piano di risanamento.*

Gli ultimi due argomenti consentono, se si sposa la tesi affermativa, di passare ad affrontare, sia pure per cenni, (i primi) due problemi connessi all'accesso alla composizione negoziata.

La circostanza che si tratti di una scelta autonoma dell'imprenditore pone l'interrogativo, nelle società pubbliche, se la relativa decisione debba essere adottata dall'organo gestorio oppure dal socio pubblico. Si sa, infatti, che nelle società in house providing e a partecipazione mista pubblico-privata lo statuto potrebbe finanche prevedere una deroga alla regola che intesta, in via esclusiva, agli amministratori la gestione della società<sup>12</sup>. Ove una deroga di questo tipo fosse prevista nello statuto, difficilmente si potrebbe sostenere che il socio pubblico sia escluso dalla condivisione di una siffatta

---

<sup>9</sup> L'art. 6 dello schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della Direttiva (UE) 2019/2013 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva sostituisce l'intero Titolo II del Codice, trasponendo – al capo II – la disciplina della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa in luogo di quella relativa alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. Per un'illustrazione delle modifiche alla disciplina sulla composizione negoziata della crisi introdotto dal predetto schema v. L. PANZANI, *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 19 aprile 2022, 1 – 26.

<sup>10</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a D. DE FILIPPIS, *La garanzia della continuità del servizio pubblico locale nella crisi e nell'insolvenza delle società pubbliche affidatarie del servizio*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 731 ss.

<sup>11</sup> Il riferimento è all'art. 2, comma 1, lett. f) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in base al quale le società pubbliche sono identificabili con «le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in house di cui all'articolo 2, lettere m), n), o) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175». Di recente, per una perimetrazione della nozione di società a controllo pubblico v. V. DONATIVI, *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, 13 ss., e ID., *Rassegna analitica e sistematica della giurisprudenza, delle linee guida e dei provvedimenti amministrativi sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *Corporate governance*, 2021, 149 ss.

<sup>12</sup> Le norme alle quali si allude nel testo e sulle quali si tornerà nel prosieguo, anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina e giurisprudenza che se ne sono occupati, sono le seguenti: (a) art. 16, comma 2, lett. a), b) e c), TUSP, e, similmente, (b) art. 17, comma 4, lett. a), b), c) e d), TUSP.

decisione che potrebbe condurre, quale esito finale, a una procedura concorsuale (v. infra). Negli altri casi, invece, la scelta di accedervi potrebbe restare nelle mani dell'organo gestorio, salvo, poi, discutere se l'esito successivo della composizione involga scelte di spettanza del socio pubblico.

In questo senso, venendo al secondo problema, l'adesione alla procedura di composizione potrebbe rappresentare uno dei contenuti del piano di risanamento allestito quando, nell'ambito del programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, emergano segnali di crisi.

L'art. 6, comma 2, TUSP prevede la predisposizione di tali strumenti volti, non a caso, a favorire l'emersione anticipata della crisi tanto da essere considerati presso buona parte degli interpreti, per certi versi, anticipatori della scelta legislativa di prevedere l'allerta all'interno del Codice della crisi d'impresa<sup>13</sup>.

Non è da escludere (anzi sarebbe da auspicare) che, ove nell'ambito del programma di valutazione del rischio di crisi aziendale emergano indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo, tra «i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause», possa optare per il ricorso, quale «idoneo» piano di risanamento previsto dall'art. 14, comma 2, TUSP, proprio alla composizione negoziata della crisi e, più precisamente, a una delle soluzioni contemplate nella relativa disciplina.

Il che, peraltro, potrebbe trovare (positivo) apprezzamento nella prospettiva dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (anche) in vista della prevenzione della crisi<sup>14</sup>: la scelta di accedere alla composizione negoziata potrebbe atteggiarsi a mo' di safe harbour per l'organo gestorio rispetto a (future) contestazioni in punto di responsabilità per la mancata attivazione in concomitanza con le prime avvisaglie della crisi.

2. *Il ruolo dell'esperto al cospetto delle società pubbliche.* Se la società pubblica dovesse intraprendere la via della composizione negoziata della crisi, come s'anticipava, dovrebbe richiedere la nomina di un esperto. Trattasi di un soggetto chiamato a compiere, già subito dopo la nomina, valutazioni particolarmente "invasive", in special modo, quando la società

---

<sup>13</sup> Per l'individuazione di una matrice comune rappresentata dall'esigenza di prevenire la crisi per le imprese di diritto comune al pari di quelle di diritto "speciale" (società pubbliche e banche) v. C.L. APPIO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo bancario. Presupposti per una disciplina di diritto comune*, Torino, 2020, 12 ss. Sul programma di valutazione del rischio di crisi aziendale v., tra gli altri, U. PATRONI GRIFFI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi nelle società a controllo pubblico e le Linee guida Utilitalia. Brevi note*, in *In ricordo di Michele Sandulli. Crisi e insolvenza*, Torino, 2019, 548 ss.

<sup>14</sup> Il tema dell'impatto sulle società pubbliche dell'obbligo (espresso) di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili al fine di prevenire la crisi è stato, tra gli altri, approfondito da: G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 278 ss., e M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5 ss. Sia consentito, altresì, rinviare a D. DE FILIPPIS, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi nelle società pubbliche: qualche riflessione (anche) alla luce del d.lgs. n. 14/2019*, in *Corporate governance*, 2020, 57 ss.



che si ha di fronte è una società che gestisce un servizio pubblico locale (o una pluralità di servizi pubblici)<sup>15</sup>.

Difatti, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d.l. n. 118/2021, «l'esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica». In disparte la considerazione delle regole speciali che valgono per l'organo di controllo e la revisione dei conti nelle società a controllo pubblico (v. art. 3, comma 2, TUSP), l'esperto, anche tenendo conto delle indicazioni provenienti dal decreto ministeriale contenente il protocollo di conduzione delle trattative<sup>16</sup>, dovrebbe svolgere un'analisi che non può considerarsi quella standard, cioè quella valevole per tutte le altre imprese che svolgono attività commerciale o agricola.

La particolare natura dell'attività esercitata dalla società pubblica impone, infatti, che le prospettive di risanamento tengano conto di indici, utili a valutare la praticabilità dell'iniziativa di risanamento, diversi da quelli normalmente adoperati. Si prenda l'esempio della società che gestisce un servizio pubblico locale: il protocollo di conduzione delle trattative consiglia all'esperto di considerare, tra le altre cose, se la continuità aziendale "distrugge" risorse oppure se sussiste l'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse.

Con riguardo alla prima (continuità aziendale che "distrugge" risorse), quando si è al cospetto di una società pubblica affidataria della gestione di un servizio pubblico, la continuazione di quest'ultima potrebbe essersi svolta, fino a quel momento, in perdita stante l'esigenza di assicurare la continuità nell'erogazione del servizio. Così, le prospettive di risanamento sarebbero, praticamente, compromesse già in partenza da una continuità che, mutuando le parole del protocollo, "distrugge" risorse.

Del pari, nella maggior parte dei casi (di società pubbliche che accedono alla composizione negoziata), si potrebbe registrare l'impossibilità da parte dell'imprenditore di immettere nuova finanza, considerata la natura pubblica del denaro impiegato per il salvataggio: alle società partecipate si applicano, infatti, limiti interni (il c.d. divieto di

---

<sup>15</sup> Tra i contributi che offrono una disamina dei compiti dell'esperto si vedano: V. BARONCINI, *La figura dell'esperto e il procedimento di composizione negoziata*, in M. Irrera e S.A. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, cit., 119 ss., e L. CALCAGNO, *La figura dell'esperto*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 gennaio 2022, 1 – 18.

<sup>16</sup> V. Par. 2 del Protocollo denominato «test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento».



soccorso finanziario<sup>17</sup>) e di matrice eurounitaria (divieto di aiuti pubblici alle imprese) particolarmente rigidi<sup>18</sup>.

Vero è che, trovandosi la società pubblica in una fase di pre-crisi, si potrebbe eccepire il mancato avveramento della condizione delle perdite di esercizio registrate per tre esercizi consecutivi. In più, per evitare di incorrere nelle (possibili) violazioni delle norme di contenimento della spesa pubblica, sarebbe interessante verificare la praticabilità dell'alternativa consistente nell'erogazione dell'apporto nella forma del finanziamento, partitamente del finanziamento prededucibile contratto dal socio-pubblico nella misura in cui ciò è consentito dall'art. 10, comma 1, lett. b) del d.l. n. 118/2021<sup>19</sup>.

Anche a voler ammettere la perseguibilità di questa alternativa, resterebbe comunque il fatto che la finanza erogata dalla pubblica amministrazione-socia dovrebbe (prima o poi) essere restituita. Il rischio (concreto) sarebbe allora che la restituzione del prestito in un orizzonte di breve termine potrebbe rivelarsi finanche di "intralcio" al risanamento, aggravando l'esposizione debitoria della società pubblica.

### 2.1. *Le trattative: la gestione dell'impresa e la partecipazione (diretta) del socio pubblico.*

Ammesso che l'esperto individui prospettive di risanamento con riguardo alla società pubblica che acceda alla composizione negoziata della crisi (per esempio, perché sussistono concrete chances di recupero del mercato nel quale opera, sovente in regime di

---

<sup>17</sup> Contemplato dall'art. 14, comma 5, TUSP, a mente del quale «de amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento delle perdite anche infrannuali». Ma si veda pure l'art. 21 TUSP. Si tenga presente che con l'art. 10, comma 6-bis, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (conv. con mod. in l. 29 luglio 2021, n. 108), è stato stabilito che l'esercizio 2020 non si computa nel calcolo del triennio ai fini dell'applicazione delle norme citate.

<sup>18</sup> Un temperamento ai limiti (interni) alla finanza concessa dal socio pubblico potrebbe cogliersi sempre nell'art. 14, comma 5, TUSP nella parte in cui ammette che «trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programmi relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti (...), che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni». Per una recente applicazione della disciplina in discorso v. Corte Conti Lombardia, sez. contr., 24 febbraio 2022, n. 31, ove si legge che «la regola aurea vigente è che il soccorso finanziario è ammesso solo nella prospettiva di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione dei soggetti beneficiari, escludendo recuperi a consuntivo (...) sarebbe arduo spiegare in termini di razionalità economica l'eventuale decisione di un Ente che, in caso di protratta incapienza del patrimonio sociale, si accolli l'onere dei debiti di una società che non può assicurare alcuna prospettiva di una più efficiente prosecuzione dell'attività sociale di pertinenza».

<sup>19</sup> Va detto che qualche dubbio sulla compatibilità tra finanziamenti prededucibili e divieto di aiuti di Stato potrebbe comunque porsi: v. D. DE FILIPPIS, *La garanzia della continuità del servizio pubblico locale nella crisi e nell'insolvenza delle società pubbliche affidatarie del servizio*, cit., 712. Per un inquadramento dei finanziamenti autorizzati nell'ambito della composizione negoziata della crisi v., tra gli altri, L. BENEDETTI, *La disciplina della nuova finanza nella composizione negoziata*, in M. Irrera e S.A. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, cit., 291 ss.

monopolio, la società affidataria del servizio), nel corso delle trattative la governance resta quella espressione della pubblica amministrazione-socia. Con la differenza rispetto alle società di diritto comune che la responsabilità delle scelte gestorie poste in essere in questo frangente<sup>20</sup> sarà soggetta – almeno per le società in house providing – non solo alla cognizione del giudice ordinario ma, nei limiti in cui si esplica la relativa giurisdizione, anche di quello contabile<sup>21</sup>.

Sancendo l'art. 9, comma 1, del d.l. n. 118/2021 la regola secondo cui «nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa», la gestione prosegue nella nostra società secondo le regole tipicamente a essa applicabili. Di talché, ove nella società domestica o a partecipazione mista pubblico-privata siano state statutariamente adottate clausole di deroga all'art. 2380-bis c.c. intestando la gestione in capo al socio pubblico oppure attribuendo a questi diritti particolari (in caso di s.r.l.)<sup>22</sup>, anche nella composizione negoziata tali clausole non dovrebbero subire alcuna “deviazione” (rectius, disapplicazione).

<sup>20</sup> Cfr. ultima parte dell'art. 9, comma 1, d.l. n. 118/2021.

<sup>21</sup> Ciò vale, in particolare, per le società *in house providing* in forza del disposto di cui all'art. 12 TUSP che fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dalla condotta degli amministratori e dei dipendenti di società domestica. Per una recente applicazione della (non sempre) agevole individuazione del presupposto che legittima la cognizione del giudice contabile v. Cass., 1 ottobre 2021, n. 26738, in *DeJure*, ove si legge, a proposito del secondo comma del citato art. 12, che tale norma «si limita ad includere nella nozione di danno erariale anche il pregiudizio eventualmente arrecato al valore della partecipazione sociale dell'ente pubblico dalla condotta dei suoi rappresentanti o comunque delle persone fisiche titolari del potere di decidere per esso, il quale incidendo direttamente sul patrimonio del socio pubblico, costituisce un danno distinto ed ulteriore rispetto a quello subito dal patrimonio della società per effetto della mala gestione degli amministratori o dei dipendenti della stessa». In argomento, cfr., di recente, P. VALENSISE, *L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario*, in *Dir. econ.*, 2019, 95 ss.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sulla (possibile) portata di siffatte clausole v., per le società *in house providing*, G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, cit., 275 ss.; M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit., 25 ss.; E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in *Dir. econ.*, 2019, 140 ss., e A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Riv. soc.*, 2020, 1052 ss.; per le società miste, V. DONATIVI, *Le società miste*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, 2019, 266 ss. In generale, v. pure I. KUTUFÀ, *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 430 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Roma, 2 luglio 2018, in *Giur. comm.*, 2019, II, p. 911 ss. La pronuncia è stata oggetto di annotazione, tra gli altri, da parte di: C. PECORARO, *Società in house e riserva della gestione agli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 915 ss.; E. CODAZZI, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1494 ss., e P. PETTITI, *Agli amministratori della in house spetta la gestione dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 187 ss. In senso difforme sembra essere orientato il giudice amministrativo (v., specialmente, Cons. Stato, 26 ottobre 2020, n. 6459, in *DeJure*) per il quale «lo statuto di una società *in house* pluripartecipata (e, dunque, dell'autonomia privata dei soci partecipanti) può, dunque, assegnare il potere gestorio ad organi assembleari diversi dal consiglio di amministrazione configurando, così, un peculiare sistema di amministrazione e controllo della società *in house*, nel quale gli amministratori sono privi di poteri decisionali propri, che derivano, invece, da altri organi della società, e che, comunque, non esercitano in piena autonomia rispetto ad essi».

A tal proposito, non è ozioso domandarsi se la pubblica amministrazione-socia possa partecipare alle trattative. La legge sulla composizione negoziata non sembra contemplare un intervento diretto del socio nel corso delle trattative. Qualche apertura – sebbene non con riguardo propriamente alla partecipazione (diretta) del socio – si registra per la conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese. Là si ammette che «le imprese partecipanti al gruppo che non si trovano nelle condizioni indicate nell’articolo 2, comma 1, possono, anche su invito dell’esperto, partecipare alle trattative» (art. 13, comma 7, d.l. n. 118/2021). Si prefigura, per tale via, il contributo alle trattative da parte della società del gruppo che si trovi in bonis: un intervento, autonomo o sollecitato dall’esperto, orientato a rendere possibile, per il tramite anche di un apporto finanziario esterno, la conclusione di un accordo che giovi al gruppo<sup>23</sup>.

Fondare su una norma siffatta la premessa per estendere anche al socio (nel nostro caso, pubblico) l’intervento nel corso delle trattative pare, in effetti, un’operazione ermeneutica forzata stante la diversità delle situazioni considerate (la società del gruppo, da un lato, e il socio, dall’altro). Tuttavia, specialmente nel caso della società pubblica nel cui statuto siano state adottate clausole derogatorie della regola che intesta, in via esclusiva, la gestione in capo all’organo amministrativo, l’intervento della pubblica amministrazione-socia alle trattative sarebbe un’eventualità da tenere in debita considerazione atteso che proprio questa potrebbe, nei già tracciati limiti, incentivare la conclusione dell’accordo con i creditori attraverso un apporto esterno oppure con un intervento, nei limiti di ammissibilità, sul contratto che regola l’erogazione del servizio (contratto altrimenti imm modificabile: v. infra).

Problematico appare altresì l’adeguamento, al contesto delle società pubbliche (nella specie, affidatarie di un servizio pubblico locale), del precetto che impone all’imprenditore «in stato di crisi» di gestire «l’impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell’attività». Sul punto, non possono che valere considerazioni analoghe a quelle esposte dianzi a proposito della continuità aziendale che è suscettibile, in questi casi, di “distruggere” le risorse e che, quindi, si porrebbe in netta antitesi (rectius, violazione) rispetto alla prescrizione normativa. Anzi, se si volesse rispettare il precetto normativo, si giungerebbe al paradosso che, per salvaguardare l’equilibrio economico-finanziario, la società pubblica si trovi – già in questa fase così anticipata della crisi – a dover rallentare, per esempio, l’erogazione del servizio, rendendone più incerta la continuità.

Ma, la compromissione della continuità nell’erogazione del servizio pubblico affidato alla società pubblica potrebbe aversi anche sotto altro profilo. L’art. 9, comma 1,

---

<sup>23</sup> Con riguardo alla composizione negoziata del gruppo si occupa di questo profilo M. ARATO, *Il gruppo di imprese nella composizione negoziata della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5-6, il quale prefigura per l’impresa del gruppo in bonis un intervento teso al «rilascio di garanzie nell’interesse del gruppo e a favore di terzi, ma anche l’erogazione di finanziamenti». L’A. aggiunge che «la partecipazione di imprese *in bonis* all’accordo può essere utile per consentire (e in qualche modo garantire) il compimento di operazioni straordinarie volte alla ristrutturazione del gruppo (ad es. l’approvazione di aumenti di capitale e la rinuncia a diritti di opzione, o ancora l’impegno al compimento di operazioni straordinarie quali fusioni o scissioni)».

d.l. n. 118/2021 inserisce, tra gli interessi da tutelare, «quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento», il «prevalente interesse dei creditori».

Ora, tale richiamo alla categoria dell'interesse dei creditori confermerebbe, secondo un'opinione, «la centralità del loro interesse alla massimizzazione del valore del patrimonio responsabile, sia in logica quantitativa, sia nell'ottica delle modalità e tempistica di pagamento», collocandosi «in posizione secondaria situazioni giuridiche soggettive altre diverse, quali, ad esempio, un interesse della collettività o un interesse di natura tanto patrimoniale come morale del debitore o, addirittura, una sorta di interesse generale dell'economia alla rapida ed efficiente soluzione della crisi»<sup>24</sup>.

Se si condivide questa interpretazione, l'osservanza della regola iuris comporterebbe, per le nostre società, l'insorgenza di un ostacolo – non agevolmente superabile – per la buona riuscita della composizione. Il rispetto del «prevalente interesse dei creditori» dovrebbe portare all'inevitabile sacrificio della tutela dell'interesse della collettività alla regolarità del servizio. E, poiché nelle società pubbliche affidatarie del servizio, la prosecuzione del pubblico servizio coincide sostanzialmente con la salvaguardia della continuità aziendale (v. anche infra), a essere compromessa sarebbe proprio quest'ultima, con buona pace della finalità di risanamento dell'impresa che la composizione negoziata si propone di realizzare.

*2.2. La rinegoziazione dei contratti e il trasferimento dell'azienda: esclusione per le società pubbliche.* Sulla prosecuzione dei contratti pendenti, vengono in considerazione due regole: (a) l'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 prevede che «l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2»<sup>25</sup>; (b) per converso, si ricava – anche se non è legislativamente sancito<sup>26</sup> – che i contratti pendenti continuino a trovare esecuzione nel corso della composizione negoziata e, tra questi, anche quelli con una pubblica amministrazione.

Esiste ormai un'ampia letteratura sulla rinegoziazione dei contratti il cui sinallagma sia stato alterato dal verificarsi dell'emergenza sanitaria, trovando queste regole

---

<sup>24</sup> Queste parole sono di F. PASQUARIELLO, *Note generali. La gestione dell'impresa*, in M. Irrera e S.A. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, cit., 20.

<sup>25</sup> Si evidenzia che il già citato schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa dovrebbe modificare la norma eliminando dalla relativa formulazione il riferimento agli effetti dall'emergenza sanitaria. In base alla nuova versione l'eccessiva onerosità della prestazione, cui si aggiunge «o se è alterato l'equilibrio del rapporto», potrebbe dipendere (semplicemente) da «circostanze sopravvenute».

<sup>26</sup> Sulla prosecuzione dei contratti pendenti v. l'art. 6, comma 5, d.l. n. 118/2021 secondo cui «i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione».

applicazione, con alcuni “correttivi”, per le procedure concorsuali<sup>27</sup>. Non sorprende allora che il legislatore ne abbia fatto utilizzo anche nell’ambito della composizione negoziata.

Volgendo lo sguardo alla società pubblica che accede alla composizione negoziata, questa regola è, in generale, suscettibile di trovare applicazione con riguardo, per esempio, a tutti i fornitori della società pubblica. Il dubbio da sciogliere riguarda, in particolare, la possibilità di rideterminare le condizioni previste dal contratto di affidamento.

Tale contratto, essendo a esecuzione continuata, dovrebbe rientrare tra quelli che beneficiano della possibilità di essere rinegoziati. Ma, immaginare che l’esperto si trovi nella condizione di inserirsi (o, forse, ingerirsi) nel rapporto esistente tra la pubblica amministrazione-socia (o le pubbliche amministrazioni-socie) e la società affidataria per «invitare» a rinegoziare i termini del servizio affidato pare, francamente, inverosimile: difficilmente la pubblica amministrazione tollererebbe un’ingerenza di questo tipo rispetto a un’area ove la propria discrezionalità è, particolarmente, assorbente.

Né il risultato potrebbe mutare quando, in mancanza di accordo, sia il tribunale a intervenire. Recita la seconda parte del comma 2 dell’art. 10: «in mancanza di accordo, su domanda dell’imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell’esperto e tenuto conto delle ragioni dell’altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l’equilibrio delle prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo»<sup>28</sup>.

In astratto, la misura della rinegoziazione del contratto di affidamento del servizio potrebbe stimarsi utile ad assicurare la continuità aziendale e, sempre ragionando (ancor più) in astratto, non potrebbe escludersi che la società pubblica assuma l’iniziativa di presentare l’istanza al tribunale per procedere alla rinegoziazione del contratto. L’ostacolo (insuperabile) resterebbe quello enucleato poco prima: il tribunale dovrebbe sostituirsi alla pubblica amministrazione nella determinazione, sia pure «per il periodo strettamente necessario», delle condizioni alle quali il servizio pubblico locale dovrebbe erogarsi.

Ad analoghe conclusioni sembra doversi pervenire per la possibilità, concessa dalla legge sulla composizione negoziata, di richiedere al tribunale l’autorizzazione per trasferire l’azienda o uno dei suoi rami.

Partitamente, l’art. 10, comma 1, lett. d), prevede che, «su richiesta dell’imprenditore», il tribunale possa «autorizzare l’imprenditore a trasferire in qualunque forma l’azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all’articolo 2560, secondo comma, del codice civile, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti, resta fermo l’articolo 2112

---

<sup>27</sup> Qualche problema si è posto per la possibilità di “rinegoziare”, nel corso dell’esecuzione, il concordato preventivo omologato: su questa problematica v., tra gli altri, C.L. APPIO, D. DE FILIPPIS, *La sorte delle procedure concorsuali “minori” pendenti al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 8 ottobre 2020, 1 – 34, spec. 13 ss.

<sup>28</sup> Nel già citato schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d’impresa questa parte della norma dovrebbe venir espunta.

del codice civile»<sup>29</sup>. In sede di prima interpretazione, è stato (condivisibilmente) precisato che l'autorizzazione in questione sarebbe richiesta unicamente al fine di derogare all'art. 2560, comma 2, c.c. e, quindi, per esonerare l'acquirente dalla responsabilità per i debiti anteriori anche se risultanti dai libri contabili obbligatori<sup>30</sup>.

La norma in questione sembra assai inadeguata alle peculiarità dell'azienda della società pubblica.

In generale, in altra sede è stato osservato come componente essenziale dell'azienda di una società (pubblica) affidataria di un servizio pubblico locale sia proprio il contratto di servizio stipulato con l'ente pubblico<sup>31</sup> e, ripetendo le considerazioni esposte anche poco prima, è arduo ipotizzare che il tribunale possa autorizzare l'assegnazione dell'azienda della società pubblica – e, quindi, il contratto di affidamento – a un soggetto terzo che non sia stato selezionato in base a una gara pubblica o che non abbia quei requisiti richiesti dal TUSP per poter ottenere l'affidamento della gestione del servizio in via diretta. A meno che, naturalmente, non si ipotizzi che il terzo in questione sia stato scelto dalla pubblica amministrazione-socia e che sia quest'ultima a proporre la “candidatura” a divenire cessionario nell'ambito della composizione negoziata della crisi<sup>32</sup>.

Il punto è che la selezione di un (nuovo) affidatario, anche se – ipoteticamente – un'altra società in house o mista costituita/partecipata dalla medesima pubblica amministrazione, richiederebbe tempi ex se incompatibili con la tempistica assegnata all'esperto per portare a termine la composizione negoziata della crisi (art. 5, comma 7, d.l. n. 118/2021).

Si diceva che quest'autorizzazione avrebbe l'effetto di esonerare il cessionario dalla responsabilità per i debiti anteriori: la pubblica amministrazione-socia si troverebbe così a cedere l'azienda (= il contratto di affidamento del servizio) a un terzo, selezionato come si prefigurava poco prima, lasciando in capo alla società pubblica che di quell'azienda si priverebbe i debiti sorti per effetto della gestione del servizio, senza però avere più la possibilità di soddisfarli avendo ceduto proprio il contratto dal quale ricavava i maggiori proventi. Ai creditori della società pubblica cedente non resterebbe che soddisfarsi sul

---

<sup>29</sup> Il già citato schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa dovrebbe modificare la norma inserendo anche il seguente inciso finale: «il tribunale verifica altresì il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente».

<sup>30</sup> Cfr. per questa puntualizzazione S. MANSOLDO, *Trasferimento d'azienda e rinegoziazione dei contratti*, in M. Irrera e S.A. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, cit., 185.

<sup>31</sup> Sia consentito, sul tema, il rinvio a D. DE FILIPPIS, *La garanzia della continuità del servizio pubblico locale nella crisi e nell'insolvenza delle società pubbliche affidatarie del servizio*, cit., 707 ss.

<sup>32</sup> In effetti, una qualche apertura in tal senso si registra in una pronuncia della giurisprudenza di merito (Trib. Avezzano, 13 febbraio 2021, in *DeJure*) che, rigettando un'opposizione all'omologazione del concordato preventivo proposto da società affidataria del servizio idrico, ha osservato, a proposito dell'inapplicabilità dell'art. 163 l. fall., che «è evidente che si dovrà tenere conto del fatto che la gestione dei servizi pubblici spetta, per legge, al titolare del servizio – che (...) 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».



corrispettivo pagato per la cessione, corrispettivo che, a meno che si tratti della gestione di un servizio pubblico particolarmente remunerativo, potrebbe non essere tale da assicurare percentuali di pagamento sufficienti a propiziare il consenso dei creditori medesimi alla conclusione dell'accordo.

*3. I possibili esiti delle trattative: il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.*

L'accordo con i creditori rappresenta proprio la principale novità, insieme al concordato semplificato per la liquidazione dei beni, per la soluzione della crisi dell'imprenditore che abbia optato per la composizione negoziata della crisi.

L'art. 11, comma 1, lett. a), d.l. n. 118/2021 consente alle parti (debitore e creditori) di concludere un contratto che è ammesso a beneficiare delle misure premiali previste dall'art. 14 dello stesso decreto se, «secondo la relazione dell'esperto», «è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni»<sup>33</sup>. Il raggiungimento di un accordo di questo tipo per la società pubblica che acceda alla composizione negoziata avrebbe, con evidenza, effetti utili per la continuazione dell'attività d'impresa e, quindi, per la continuità nell'erogazione del servizio per cui la soluzione proposta dalla legge di recente conio non potrebbe che apprezzarsi favorevolmente per le nostre società.

Così come pure non vi sarebbero problemi, sul piano interpretativo, a ritenere praticabili per la società pubblica gli altri esiti che la norma poco prima citata contempla. Tra questi, la convenzione di moratoria, un accordo che «produce gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942» (anche se in tal caso non è necessaria l'attestazione stante l'intervento, nella composizione negoziata, dell'esperto), oppure, ancora, l'accordo di ristrutturazione dei debiti (con la possibilità che la percentuale di cui all'articolo 182-septies, secondo comma, lettera c), l. fall. sia ridotta al 60 per cento «se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto»)<sup>34</sup>.

L'altra innovazione introdotta con la composizione negoziata, come si anticipava, consiste nella possibilità di proporre, «all'esito delle trattative», la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ai sensi dell'art. 18 del d.l. n. 118/2021<sup>35</sup>. A questa procedura viene, sul piano del relativo inquadramento, riconosciuta natura di

---

<sup>33</sup> Per un inquadramento di questo (possibile) esito della composizione negoziata della crisi cfr., tra gli altri, L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Fallimento*, 2021, 1593-1594, e V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021, 6 ss.

<sup>34</sup> Per una disamina dei risvolti, menzionati nel testo, della composizione negoziata cfr. i contributi citati alla nota precedente.

<sup>35</sup> Oltre all'A. citata alla nota successiva, si occupano del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio: G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, 1603 ss.; G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021, 1 – 58; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Dirittodellacrisi.it*, 11 novembre 2021, 1 – 21, e M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 112 ss.



procedura concorsuale<sup>36</sup>, ciò che permette di superare il problema dell'assoggettabilità della società pubblica a questo tipo di concordato<sup>37</sup>.

Passando alla disciplina, la presentazione della proposta di concordato risulta possibile «quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede» e che (sempre) le trattative «non hanno avuto esito positivo» e, ancora, che le altre soluzioni individuate quale esito della composizione negoziata «non sono praticabili». Le semplificazioni offerte sono molteplici: la mancanza di un preventivo vaglio di ammissione alla procedura, l'assenza dell'adunanza dei creditori e, quindi, di una votazione da parte di questi (ma ciascun creditore può fare opposizione all'omologa) e, non meno importante, la mancanza di particolari vincoli soddisfattivi, essendo sufficiente che la proposta non arrechi «pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare» (e comunque assicuri «un'utilità a ciascun creditore»)<sup>38</sup>.

A fronte dei vantaggi (indubbi), la proposta di liquidazione del patrimonio della società pubblica potrebbe richiedere qualche adattamento.

Tenendo presenti le puntualizzazioni già esposte in ordine alla particolare composizione dell'azienda della società pubblica, che potrebbe includere – s'aggiunga – anche beni caratterizzati da un vincolo di tipo pubblicistico<sup>39</sup>, la liquidazione dell'azienda in discorso non potrebbe considerarsi del tutto svincolata dall'osservanza delle regole previste per l'affidamento del servizio. In altri termini, quest'ultimo potrebbe aver luogo, come già si è detto, solo a favore di un soggetto che sia stato selezionato sulla base della (regola della) gara pubblica oppure di precipue caratteristiche soggettive (società in house providing o a partecipazione mista pubblico-privata).

Vero è, nondimeno, che l'art. 19, comma 2, d.l. n. 118/2021 prevede che «quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 18 comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il liquidatore giudiziale, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, dà esecuzione all'offerta e alla vendita si applicano gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile»<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> In tal senso v. M. SPIOTTA, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in M. Irrera e S.A. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, cit., 411-412.

<sup>37</sup> Per una sintesi delle diverse posizioni sull'inquadramento del concordato semplificato quale nuova tipologia di concordato preventivo oppure quale tipo concorsuale autonomo v., ancora, M. SPIOTTA, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, cit., 412.

<sup>38</sup> Cfr. art. 18, comma 5, d.l. n. 118/2021.

<sup>39</sup> Il problema della sorte dei beni destinati allo svolgimento del servizio pubblico locale in caso di crisi del gestore interseca quello, più generale, del regime dei beni delle società a partecipazione pubblica. Pochi sono, a quanto consta, i contributi che hanno approfondito quest'ultimo argomento: v., tra i più recenti, A. TRAVI, *Regime dei beni e società a partecipazione pubblica*, in G. Presti – M. Renna (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, 73 ss.

<sup>40</sup> Si tenga presente che il comma 3 dell'art. 19 precisa che «quando il piano di liquidazione prevede che l'offerta di cui al comma 2 debba essere accettata prima dell'omologazione, all'offerta dà esecuzione l'ausiliario, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con le modalità di cui al comma 2, previa autorizzazione del tribunale».

La proposta di concordato semplificato potrebbe, quindi, individuare il soggetto destinato a rendersi cessionario dell'azienda, non dovendosi, a tal uopo, procedere a forme di procedure competitive com'è per la disciplina prevista nella legge fallimentare per il concordato preventivo<sup>41</sup>. Al liquidatore giudiziale sarebbe (unicamente) affidata una verifica circa l'assenza di soluzioni migliori sul mercato. A ben guardare, proprio questa agevolazione recata dalla norma di recente conio si presterebbe meglio all'applicazione della procedura in questione alla società pubblica. La selezione non sarebbe, come si rappresentava (in senso ostativo) poco prima, affidata a un soggetto terzo o a una procedura competitiva eseguita sotto l'egida del tribunale (e dell'organo della procedura), ma potrebbe essere, applicando la norma richiamata, la pubblica amministrazione-socia a indicare, nella proposta di concordato semplificato, un'altra società, presumibilmente, pubblica alla quale cedere l'azienda, risultando del tutto irrilevanti, ai fini che ci occupano, le modalità tramite le quali il cessionario sarebbe stato scelto (o, finanche, cooptato).

Al liquidatore, peraltro, non resterebbe che prendere atto di una proposta di questo tipo, essendo quanto mai improbabile che lo stesso sia in grado di reperire sul mercato un (potenziale) acquirente interessato a un'azienda privata del suo asset di maggior valore (il contratto di affidamento del servizio e/o i beni che la pubblica amministrazione-socia mette a disposizione per svolgerlo).

*3.1. La liquidazione della società pubblica affidata a Fintecna S.p.A.* Il legislatore, in sede di conversione in legge, ha apportato, con la norma scrutinata, alcune modifiche all'art. 1, comma 1100, della legge 27 dicembre 2017, n. 205<sup>42</sup>, e introdotto, al contempo, un nuovo comma 1100-bis cui mette conto di accennare. Quest'ultima norma – al (dichiarato) «fine di accelerare le operazioni di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche nonché la revisione straordinaria delle medesime di cui agli articoli 20 e 24 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica»<sup>43</sup> – facoltizza le pubbliche amministrazioni all'affidamento a Fintecna S.p.A. «o a società da questa interamente controllata» le attività di «liquidatore delle società di cui detengono partecipazioni, nonché le attività di supporto al collocamento sul mercato e alla gestione di procedure di natura liquidatoria e concorsuale comunque denominate».

<sup>41</sup> Il riferimento è, specificamente, alle proposte concorrenti (art. 163, comma 4, l. fall.) e alle offerte concorrenti (art. 163-bis l. fall.).

<sup>42</sup> A mente della prima parte della norma richiamata nel testo, «al fine di assicurare nel modo più sollecito la riduzione del debito pubblico e di accelerare la chiusura delle liquidazioni, sono trasferiti a Fintecna S.p.A., o a società da essa interamente controllata, con ogni loro componente attiva e passiva, ivi compresi i rapporti in corso e le cause pendenti, i patrimoni di società statali, o comunque a partecipazione pubblica, in liquidazione ovvero di enti disciolti al fine di gestirne le attività di liquidazione».

<sup>43</sup> In generale, sul tema della razionalizzazione delle partecipazioni societarie possedute da pubbliche amministrazioni si vedano, tra gli altri, G. MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. soc.*, 2017, 795 ss.; S. FORTUNATO, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 95 ss., e C. PETTINARI, *I piani di razionalizzazione*, in F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017, 427 ss.

La maggior parte di coloro che si sono confrontati con la norma in discorso o, comunque, con le modifiche inserite in sede di conversione ne hanno segnalato l'estraneità rispetto alla materia del concordato semplificato per la liquidazione dei beni<sup>44</sup>. Nondimeno, nella logica di una lettura incline a suggerire qualche adeguamento nell'interpretazione per le società pubbliche delle norme sulla composizione negoziata, è il caso di svolgere qualche riflessione (si auspica) più meditata.

Le difficoltà emerse quanto alla liquidazione dell'azienda della società pubblica potrebbe legittimare il dubbio che il legislatore abbia avuto di mira l'introduzione di una disciplina ad hoc proprio per la liquidazione della società partecipata dalla pubblica amministrazione in via alternativa rispetto a quelle vevoli per le società di diritto comune. A voler sostenere questa tesi, si dovrebbe coerentemente approdare al risultato di disapplicare quelle norme che disciplinano il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

Il dubbio, in sintesi, sarebbe che il legislatore abbia previsto due binari (paralleli) per la liquidazione del patrimonio: per la società di diritto comune la semplificazione starebbe nella possibilità di accedere a un'altra procedura concorsuale (segnatamente, il concordato semplificato per la liquidazione dei beni), mentre, per le società pubbliche, quella di affidare la liquidazione a una società del gruppo di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. specializzata in una mission di questo genere<sup>45</sup>.

Una simile proposta di lettura seduce, ma non persuade appieno.

A far propendere per una tesi diversa è, innanzitutto, la finalità enunciata dal legislatore nell'ammettere il ricorso a Fintecna S.p.A. Si diceva che l'obiettivo dovrebbe essere quello di «accelerare le operazioni di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche» ovvero della revisione straordinaria delle medesime. Il richiamo, in particolare, agli articoli 20 e 24 del TUSP fonderebbe l'idea che il coinvolgimento di Fintecna sarebbe funzionale alla liquidazione di società ritenute dalla pubblica amministrazione-socia riconducibili a quelle categorie di partecipazioni/società previste, partitamente, dal comma 2 dell'art. 20 TUSP<sup>46</sup>. Si tratterebbe, quindi, della liquidazione della società e non di una

---

<sup>44</sup> Così è per S. AMBROSINI, *La legge n. 147/2021 di conversione del d.l. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 1144, e A. FAROLFI, *La liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, 1625.

<sup>45</sup> Per una indagine sul ruolo di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. quale *holding* e sulla organizzazione delle partecipazioni dalla medesima possedute sia consentito rinviare a D. DE FILIPPIS, *Il ruolo di CDP Spa quale holding a controllo pubblico e gli strumenti di promozione dell'economia*, in V. Donativi – A. Maltoni (a cura di), *Cassa Depositi e Prestiti. Profili giuridici*, Torino, 2021, 113 ss.

<sup>46</sup> Vale a dire: «a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4; b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4».

procedura concorsuale che, come nel caso del concordato semplificato, manterrebbe comunque in vita la società, sia pure attraverso la liquidazione del patrimonio.

Insomma, al di fuori dell'elenco delle partecipazioni/società da dismettere, si collocherebbero le altre società pubbliche le quali potrebbero decidere di assoggettarsi al concordato semplificato (sempre dopo l'accesso alla composizione negoziata). Ciò, beninteso, non escluderebbe l'eventualità, per la pubblica amministrazione-socia, di optare, anche in assenza delle condizioni previste dagli artt. 20 e 24 TUSP, per il ricorso a Fintecna.

Un esempio potrebbe essere utile per dimostrare la posizione che si cerca di sostenere: la lett. e) dell'art. 20, comma 2, TUSP menziona le partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; per la liquidazione di queste partecipazioni la pubblica amministrazione-socia dovrebbe avvalersi di Fintecna. Per le (altre) società che non abbiano prodotto il risultato negativo contemplato dalla norma o per tutte quelle che, pur avendolo conseguito, siano affidatarie di un servizio d'interesse generale, non dovrebbe trovare ostacoli l'applicazione della disciplina sulla liquidazione del patrimonio nell'ambito del concordato semplificato.

A prescindere dalla condivisione delle conclusioni appena raggiunte, un risultato può dirsi difficilmente revocabile in dubbio: la modifica alla l. n. 205/2017 non pare disorganica rispetto a quella dettata per la composizione negoziata, rivolgendosi l'art. 19 alla liquidazione del patrimonio delle società di diritto comune e, nei limiti appena tracciati, di quello delle società pubbliche, dettando, a tal fine, un procedimento semplificato rispetto alle regole che, diversamente, dovrebbero applicarsi per le une e per le altre.

*4. Il compenso dell'esperto: l'inapplicabilità dei limiti pubblicistici.* Un profilo resta ancora da affrontare. Con riguardo all'organo commissariale nominato nell'ambito della procedura di concordato preventivo si è posto il dubbio circa l'applicabilità allo stesso dei limiti di matrice pubblicistica rivenienti dall'art. 11 TUSP e relativi, segnatamente, al compenso da corrispondere «agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti» che non può eccedere il limite massimo di «euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario» e tenuto conto «anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società di controllo pubblico».

Tali limiti valgono per le società a controllo pubblico, ma, a mente dell'art. 11, comma 16, TUSP, misure analoghe possono essere introdotte anche per le società a partecipazione pubblica. Al dubbio circa l'estensibilità dei predetti limiti all'organo commissariale nominato nell'ambito del concordato preventivo di società a controllo pubblico si è data una risposta negativa, facendo leva, sostanzialmente, sulla diversità dei

compiti assegnati all'organo commissariale rispetto a quelli dei soggetti cui la norma si rivolge<sup>47</sup>.

Concentrandoci sull'esperto, ha senso porsi un analogo interrogativo atteso che, stando all'art. 16, comma 2, del d.l. n. 118/2021, «il compenso complessivo non può essere, in ogni caso, inferiore a euro 4.000,00 e superiore a euro 400.000,00». Immediatamente, ci si avvede che il compenso liquidato all'esperto potrebbe superare l'ammontare massimo previsto per gli amministratori, titolari e componenti degli organi di controllo, dirigenti e dipendenti di società a controllo o, quando si opti per l'estensione, a partecipazione pubblica.

Nondimeno, l'esperto, come il commissario giudiziale, non pare assimilabile ai soggetti cui la norma dichiara applicabile il tetto massimo dell'emolumento. Quelli contemplati nell'art. 11 TUSP, infatti, ricoprono incarichi gestori, di vigilanza (com'è nel caso dell'organo di controllo) oppure, ancora, sono legati alla società da un rapporto di lavoro dipendente.

Diverso è il compito dell'esperto che è chiamato a favorire l'individuazione di un accordo tra debitore e creditori al fine di assicurare il risanamento dell'impresa. Per fare questo, l'esperto deve rispondere a requisiti di indipendenza. L'esperto non deve, infatti, «essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale» (art. 4, comma 1, d.l. n. 118/2021). E, di seguito, si aggiunge che «il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore».

Il che segna (ulteriormente) una separazione tra i dirigenti e dipendenti della società a controllo pubblico (o a partecipazione pubblica) cui si applica la norma di contenimento della spesa pubblica e l'esperto. In questa prospettiva, la stessa norma prosegue stabilendo che l'esperto (o i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale) non deve essere stato, nel medesimo arco temporale, membro degli organi di amministrazione e controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa.

La garanzia dell'indipendenza deve, in particolare, essere assicurata dall'osservanza, in capo all'esperto, delle cause di ineleggibilità e di decadenza previste dall'art. 2399 c.c., ovvero quelle che si applicano ai componenti del collegio sindacale.

Tuttavia, al netto della condivisione di questa parte di disciplina, la diversità dei compiti svolti dall'organo di controllo e dall'esperto induce a confermare il giudizio circa l'impossibilità di accomunare l'esperto alle altre figure contemplate dall'art. 11 TUSP.

---

<sup>47</sup> Questa è la conclusione cui giunge D. SPAGNUOLO, *Il compenso del commissario giudiziale nel concordato preventivo di società pubbliche alla luce del TUSP e del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 432 ss.