

XVI CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

**"STATO, IMPRESE, MERCATI IN UN MONDO
ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI"**

Roma, 21-22 febbraio 2025

FRANCESCO ANGELO RE

RICERCATORE DELL' UNIVERSITÀ PARTHENOPE DI NAPOLI

Le soluzioni concordate della crisi delle società *in house*: problemi e prospettive

SOMMARIO: 1. Prospettive di indagine. - 2. Il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale *ex art. 6 TUSPP* come strumento anticipatorio e integrativo dell'art. 2086, comma 2°, c.c.: prospettive di prevenzione della crisi. - 3. I rapporti tra piani di risanamento *ex art. 14, comma 2°, TUSPP* e piani di ristrutturazione *ex art. 14, comma 4, TUSPP* come strumenti di soluzione della crisi delle società *in house*. - 4. L'accesso alla composizione negoziata delle società *in house*: limite alla continuità del servizio pubblico. - 5. Il *favor* per l'applicabilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti. - 6. Il richiamo al concordato preventivo nell'art. 14 TUSPP. - 6.1. (*Segue*). Concordato preventivo con continuità aziendale delle società *in house*: benefici e limiti. - 6.2. La continuità dei contratti in essere con la pubblica amministrazione. - 7. L'incidenza del Codice dei contratti pubblici. - 8. La possibilità di prevedere una responsabilità degli amministratori per indebita continuazione dell'attività di impresa e per c.d. "errata scelta" dello strumento di soluzione della crisi. - 9. Spunti di riflessione e prospettive *de iure condendo*.

1. Prospettive di indagine

L'interferenza tra diritto comune e diritto speciale nella regolamentazione della crisi delle imprese-società di autoproduzione (c.d. *in house providing*) che operano in settori di particolare rilevanza per il sistema economico - sociale dello Stato e, prima ancora, per la collettività indistinta degli utenti, ha stimolato la ricerca di un non facile equilibrio tra la disciplina delle società e le regole del mercato, da un lato, e le norme e i principi che presiedono l'attività d'impresa, dall'altro, con esiti in qualche misura carenti di quella stabilità e uniformità sempre opportune in ogni ramo dell'esperienza giuridica.

Nel delicato equilibrio testè individuato, il presente lavoro ha lo scopo di esaminare le soluzioni concordate della crisi delle società *in house* al fine di appurare quali siano le più idonee ad assicurare la continuità del servizio pubblico in favore dell'utenza.

In tale prospettiva, è necessario il bilanciamento di tre specifici interessi: l'istanza pubblicistica connessa all'erogazione del servizio, l'interesse dei creditori al migliore soddisfacimento e l'interesse della stessa società ad una

efficace risoluzione del suo stato di crisi.

Com'è noto, l'art. 14, comma 1°, TUSPP (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, d'ora innanzi TUSPP) sancisce *sic et simpliciter* la soggezione di qualsiasi società a partecipazione pubblica alle norme sul fallimento (ora liquidazione giudiziale), sul concordato preventivo nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Appurata, dunque, l'ammissibilità degli strumenti concordatari avendo il legislatore apprezzabilmente introdotto una norma di richiamo, il contribuente intende verificare se, in realtà, nel particolare caso delle società *in house* che erogano servizi pubblici essenziali, il riferimento al concordato preventivo non debba essere interpretato in termini restrittivi ammettendo la sola praticabilità del concordato in c.d. continuità aziendale e non anche quello di genere puramente liquidatorio.

Il sopraggiunto Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, d'ora innanzi CCII) contempla, insieme alle tradizionali procedure concorsuali, istituti caratterizzati da una forte connotazione negoziale incentivando l'imprenditore in crisi, sulla base del principio di autoresponsabilità, ad accedere senza indugio ad uno degli strumenti di composizione negoziata messi a disposizione.

Nella più ristretta prospettiva delle soluzioni concordate della crisi delle società *in house* va subito rilevato che l'art. 65 CCII esclude la praticabilità di procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento che trovano applicazione solo per quei soggetti non assoggettati alle ordinarie procedure concorsuali.

Per converso, l'art. 14, comma 1°, TUSPP non pare mettere in discussione la praticabilità per le società *in house* di strumenti di gestione della crisi diversi dalle procedure concorsuali, quali i piani di risanamento *ex art. 14, comma 2°, TUSPP*, i c.d. piani attestati *ex art. 56 CCII* e gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 57 CCII*¹.

Del resto, assunto quale presupposto l'interesse pubblicistico alla continuità aziendale di società pubbliche in crisi, non si vedrebbe come poter altrimenti intercettare questa specifica esigenza se non consentendone l'accesso a tutte le soluzioni negoziate della crisi e non soltanto al nuovo regime di concordato

¹ In questi termini, v. V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in *Dir. fall.*, 2017, I, p. 522; F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 372; da ultimo, M. COSSU, *Crisi e insolvenza delle imprese a partecipazione pubblica*, in *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, a cura di F. Barachini, Torino, 2024, p. 134, secondo cui il fatto che l'art. 14 TUSPP non menzioni né gli accordi di ristrutturazione del debito né la transazione fiscale, deve essere letto come un semplice difetto di coordinamento.

preventivo²; e ciò a maggior ragione, come vedremo, in considerazione delle novità introdotte sulla continuazione dei contratti o l'affidamento di appalti pubblici ai sensi dell'art. 95, commi 1° e 2°, CCII e dell'art. 124 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, d'ora innanzi CCP).

In questa prospettiva, sarà opportuno soffermarsi sulla possibilità di configurare una responsabilità degli amministratori di società *in house* derivante dall'indebita continuazione dell'attività d'impresa e per c.d. "errata scelta" nello strumento di soluzione della crisi.

Il presente studio intende, altresì, indagare se gli strumenti di anticipazione della crisi (c.d. misure di allerta)³ possano utilizzarsi nell'ambito della gestione della crisi delle società *in house* e quindi assicurare la continuità del servizio pubblico locale; ciò tenuto anche conto: per un verso, dell'espunzione, dal CCII, degli strumenti di allerta ai quali i programmi di valutazione del rischio ai sensi dell'art. 6, comma 2°, TUSPP possono accostarsi⁴; per altro verso, dei "doveri del debitore" sanciti in via generale dagli artt. 3 CCII (e 2086, comma 2°, c.c.), oggi comunemente ritenuti "*principi generali del diritto della crisi*"⁵.

È opportuno rilevare, sin da ora, che il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale può essere considerato una estensione applicativa degli assetti adeguati richiesti a monte dall'art. 2086, comma 2°, c.c. ed assume rilevante importanza in termini di prevenzione della crisi che, nelle società pubbliche, è animata da esigenze di tutela e da un'assunzione del rischio di impresa non del tutto coincidente rispetto a quello che contraddistingue la gestione delle società di diritto comune.

Tali indicati filoni d'indagine impongono, evidentemente, un

² L'esistenza di una piena aderenza tra la normativa del concordato preventivo ed il funzionamento di società *in house* è stata esplorata, *ante* TUSPP, da G. D'ATTORRE, *Il concordato preventivo delle società pubbliche*, in *Fall.*, 2013, p. 877 ss.

³ La nascita dell'allerta trova un antecedente in Francia nelle «*procédure d'alerte*» con la loi n. 84-148 dell'1.03.1984. Alla Francia va aggiunto il Belgio ove con la l. 11 agosto 2017, entrata in vigore il 1° maggio 2018, recante fra l'altro l'introduzione di un nuovo Libro XX del *Code de droit économique*, si prevede la possibile convocazione dell'imprenditore, in presenza di indizi di pericolo per la continuità aziendale, per l'audizione a porte chiuse innanzi alla *chambres des entreprises en difficulté* di cui all'art. 84, 3° comma, del *Code judiciaire*.

⁴ In questi termini, v. G. CAPO, *La disciplina delle misure di allerta e prevenzione della crisi aziendale nelle società "a controllo pubblico"*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 154 ss.

⁵ In argomento, v. G. D'ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, cit., p. 253, secondo il quale la tecnica legislativa dell'impiego dei principi assolve una sua peculiare funzione nella misura in cui rende vincolante per l'interprete il richiamo alle finalità dichiarate dal legislatore, orientando lo sviluppo del percorso interpretativo secondo traiettorie coerenti agli obiettivi ed ai valori di cui sono o dovrebbero essere espressione i principi formulati.

approfondimento del rapporto tra strumenti di soluzione negoziata previsti dal TUSPP per le società *in house* e soluzioni contemplate dal CCII⁶, anche alla luce del CCP.⁷

Peraltro, l'interesse di tale percorso di analisi è rafforzato dal perdurante difetto di coordinamento tra disciplina generale della crisi di impresa e statuto speciale delle società *in house* nonostante i recenti interventi del c.d. correttivo *ter* al CCII (d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136)⁸.

2. Il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale ex art. 6 TUSPP come strumento anticipatorio e integrativo dell'art. 2086, comma 2°, c.c.: prospettive di prevenzione della crisi

Delineati i tratti generali dell'orizzonte che s'intende qui esplorare, appare utile rilevare come la costruzione di un discorso unitario sulle soluzioni concordate della crisi delle società *in house* imponga di muovere da una constatazione preliminare: l'insorgenza di situazioni di crisi aziendale nelle società pubbliche determina per i relativi organi di amministrazione l'obbligo di adottare, senza indugio, provvedimenti idonei a prevenire l'aggravamento delle crisi medesime, a correggerne gli effetti e a rimuoverne le cause, nel quadro di un idoneo piano di risanamento (art. 14, comma 2°, TUSPP) che possa sfociare nell'accesso ai vari strumenti di composizione e regolazione della crisi previsti dal CCII.

Come noto, il TUSPP ha introdotto nelle società a controllo pubblico degli strumenti di "allerta" particolari - funzionali al tempestivo rilevamento e alla correzione della situazione di crisi⁹ - che si articolano nel programma di valutazione del rischio di crisi aziendale, nel piano di risanamento e nel piano di

⁶Sui possibili rapporti tra TUSPP e CCII v., in luogo di molti, M. IRRERA-M.S. CATALANO, *L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica (riflessioni a cavallo fra testo unico delle società partecipate e nuovo codice della crisi dell'impresa)*, in *Dir. econ. impr.*, 2019, p. 41 ss.; A. PALUCHOWSKY, *Le società a partecipazione pubblica di fronte all'emersione della crisi, tra TUSPP e CCII*, in *www.ilcaso.it*.

⁷ Sull'evoluzione del Codice dei contratti pubblici a un anno dalla sua applicazione, v. L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, II, p. 441 ss.

⁸ Cfr., da ultimo, I. PAGNI, *Il Decreto correttivo 13 settembre 2024, n. 136: una guida alla lettura*, in *www.dirittodellacrisi.it*; per una valutazione critica al Codice della crisi vedi, di recente, A. NIGRO, *Qualità della legislazione e Codice della crisi: considerazioni critiche e qualche puntualizzazione in tema di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società*, in *www.dirittodellacrisi.it*.

⁹ Benché non vi sia una definizione precisa di crisi all'interno del TUSPP, tale concetto andava reperito altrove, impingendo probabilmente nella scienza aziendalistica (cfr. S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *Dir. fall.*, 2021, I, p. 6 ss., secondo cui la nozione di crisi più che alla situazione del patrimonio del soggetto, fa riferimento all'impresa come attività economica e agli indici di malfunzionamento della stessa).

ristrutturazione aziendale¹⁰.

Sulla scorta di queste premesse generali, vale la pena domandarsi se detti strumenti siano diretti a perseguire finalità di conservazione dell'impresa-società *in house* mediante l'imposizione *ex ante* di specifici doveri comportamentali¹¹.

Tra gli strumenti di c.d. anticipazione della crisi il primo è certamente quello previsto dall'art. 6 TUSPP¹² che esplica i principi di organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico indicando quattro possibili opzioni che integrano modalità di corretta gestione sociale e nel farlo stabilisce che tali società predispongano degli specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale¹³ e ne informino l'assemblea¹⁴ annualmente nell'ambito della relazione sul governo societario¹⁵, che le società devono rendere annualmente a chiusura

¹⁰ E sul punto si rinvia a G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, in AA.VV., *Le società di diritto speciale, Trattato diretto da R. Rordorf*, Milano, 2021, p. 433 ss., secondo cui mentre il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale rappresenta uno strumento (anche) per la tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità costituendo un tassello, imposto *ex lege*, dell'adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile che ogni imprenditore ha il dovere di istituire, il piano di risanamento e quello di ristrutturazione aziendale costituiscono la cornice al cui interno collocare, in modo coerente e razionale, i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause.

¹¹ Cfr. M. BIANCA, *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2020, I, p. 55 ss., ove l'A. prende in esame, da un lato, le novità introdotte nel codice civile dal CCII e, dall'altro, i nuovi strumenti di allerta previsti e regolati dallo stesso Codice della crisi.

¹² In argomento, v. F. GUERRERA, *Commento all'art. 6*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2018, p. 215 ss.

¹³ Nel senso che nella logica della disciplina in questione la crisi aziendale ricorra essenzialmente quando sia a rischio la capacità dell'impresa di far fronte alle obbligazioni contratte, v. G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Fall.*, 2018, p. 139 ss. Sono inclini, invece, a ritenere che nel quadro degli artt. 6 e 14 TUSPP vengano in rilievo anche le situazioni in cui è la redditività dell'investimento effettuato nelle società a controllo pubblico ad essere colpita, G. GUIZZI-S. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, p. 296 ss.; L. STANGHELLINI, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 342, secondo cui il rischio aziendale che la disciplina in esame tende a contrastare può non essere un rischio di insolvenza ove potrebbe, ad esempio, essere un rischio ambientale, che richiede azioni correttive ma non mina nell'immediato la solvibilità della società.

¹⁴ Cfr. V. DE SENSI, *Società a partecipazione pubblica: funzione gestoria, obblighi informativi ed emersione dei fattori di rischio*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, I, p. 39 ss., secondo cui l'assemblea non ha un ruolo meramente passivo potendosi invece ipotizzare che, proprio sulla base dei programmi e delle informazioni sui fattori di rischio aziendale di cui è stata resa edotta, i soci pubblici possano sollecitare gli amministratori a prendere determinate decisioni.

¹⁵ Cfr., sul punto, C. CARINI-F.-ALIPRANDI-C. REBUZZI-M. MOLENDI, *La crisi delle società controllate pubbliche: monitoraggio e valutazione del rischio*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2024, II, p. 189 ss., secondo cui ragioni di organicità e comprensibilità lasciano ritenere che la relazione sul governo societario debba di regola costituire una sezione della relazione sulla gestione,

dell'esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio di esercizio, rendendo così trasparente anche la situazione gestionale di ogni partecipata pubblica.

Con precipuo riferimento ai programmi per la valutazione del rischio di crisi aziendale occorre riflettere sulla circostanza che il legislatore non si diffonde sui contenuti dei medesimi, lasciando la definizione della relativa struttura e dei modelli di implementazione alla discrezionalità delle singole società¹⁶.

Tuttavia, un valido aiuto all'identificazione dei programmi in parola non potrà non venire che dalle acquisizioni della scienza aziendalistica¹⁷ e dalla normativa sulle imprese operanti nei mercati vigilati.

Ed invero, il programma di valutazione del rischio è un obbligo di monitoraggio permanente delle società pubbliche che incide sia sull'andamento dell'attività sia sulla conservazione della prospettiva della continuità aziendale¹⁸.

È chiaro che l'imposizione sistematica annuale dell'obbligo di redigere i programmi di valutazione del rischio non ha tanto e solo la funzione di informare periodicamente i soci di cosa stia succedendo¹⁹, quanto di fornire un mezzo per

formando un documento distinto solo nelle realtà non soggette all'obbligo di redazione della relazione sulla gestione o nelle micro-imprese; v. anche F. GUERRERA, *Commento all'art. 6*, cit., p. 218 ss., secondo cui la relazione sul governo societario ricalca l'omonima relazione prevista dall'art. 123-bis TUF con riguardo alle società quotate.

¹⁶ Al riguardo, v. M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, 2017, p. 54, il quale considera tale circostanza "una lacuna di non poco conto" dovendosi ritenere improbabile, anche per i costi che essa implicherebbe in termini di consulenza, la tempestiva adozione di tali programmi da parte di tutte le società che vi sono tenute - specialmente se di piccole dimensioni - con conseguenti ritardi e inefficienze nell'applicazione della normativa in esame.

¹⁷ Cfr. M.C. GIORGINO, *Crisi aziendale e prevenzione. Metodologie e modelli per prevedere il prevedibile*, Milano, 2016, 52 ss.; R. TISCINI-P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò e A. Catricalà, Napoli, 2016, p. 794 ss.; P. BASTIA, *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi*, in www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it, che evidenzia come gli insegnamenti della dottrina aziendalistica vengono spesso sottovalutati nel disciplinare i parametri ai quali il legislatore ha inteso operare la "pre-crisi".

¹⁸ Per una compiuta riflessione sulla struttura e sulla funzione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale nel quadro della disciplina in esame, cfr. U. PATRONI GRIFFI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi nelle società a controllo pubblico e le Linee guida Utilitalia. Brevi note*, in *Crisi e insolvenza. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 548 ss. Sui principali indicatori di crisi individuati dalla prassi vedi l'ampio esame in G. RACUGNO, *Crisi di impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 196 ss.

¹⁹ Anche questa finalità è certamente esistente poiché i soci sono gli enti pubblici e territoriali che affidano in gestione i servizi e devono essere resi edotti delle prospettive del loro investimento proprio nell'ottica di riduzione e "sanificazione" della spesa pubblica.

intercettare i presupposti per l'adozione di condotte che contrastino la crisi²⁰.

La connessione funzionale è evidente poiché l'art. 14 TUSPP si muove nella logica della necessità della prosecuzione dell'attività di impresa inscindibilmente connessa all'interesse pubblico all'esecuzione di quei servizi e contratti che sono stati affidati alla società controllata.

Dal che si desume l'intento del legislatore di apprestare mezzi di controllo adeguati in caso di rilevazione positiva di sintomi di crisi aziendale, di redazione immediata di un piano di risanamento, senza spiegarne tecnicamente i contenuti ma specificandone chiaramente le finalità: fermare l'aggravamento della situazione, correggere gli effetti della stessa ed eliminarne le cause per il futuro. E, a ben riflettere, il CCII aiuta a chiarire la portata dell'art. 6, comma 2°, TUSPP, fissando i contorni della nozione del rischio di crisi che deve costituire l'oggetto dei programmi di valutazione previsti dalla norma²¹.

Nel quadro testè rappresentato, pare significativo altresì rilevare come gli artt. 6, comma 2°, e 14, comma 2°, TUSPP, possano essere considerati disposizioni anticipatorie in materia di prevenzione della crisi, rispetto all'art. 2086, comma 2°, c.c., così come novellato dall'art. 3, comma 2°, CCII che abbraccia l'intera platea delle società, sia private che a partecipazione pubblica²².

Ed invero, la previsione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati ex art. 2086, comma 2°, c.c.- e il relativo obbligo gravante in via esclusiva sugli amministratori - risulta dalla norma di nuovo conio "funzionale" anche alla tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale²³. È così individuato prima un dovere di prevenzione e,

²⁰ Peraltro, esigenza simile è stata rinvenuta, tempo addietro, con riguardo all'ente locale-socio sul quale grava un obbligo di effettuare un monitoraggio periodico sull'andamento della società partecipata finalizzati a rilevare eventuali scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati (cfr. A.M. AZZARO-H. BONURA-D. DI RUSSO, *Partecipate pubbliche e crisi di impresa*, Bari, 2022, p. 137 ss.).

²¹ A livello normativo, l'aver codificato il concetto di crisi tramite un indicatore preciso, quale la non sostenibilità del debito a dodici mesi (ex art. 2, comma 1°, lett. a), CCII), consente di avere un punto di riferimento univoco.

²² Nel rinviare *ex multis* a M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 259 ss., il quale prontamente aveva rilevato le "storpiature" della penna del legislatore, giova comunque precisare che l'art. 3 CCII ha esteso l'obbligo di assetti organizzativi adeguati anche alle imprese individuali. Per un'ampia disamina circa le differenze tra le "misure" adottabili dall'imprenditore individuale e gli assetti adottabili dall'imprenditore collettivo si rinvia, da ultimo, a G. PRESTI, *Sub art. 3*, in *Il Codice della crisi. Commentario*, a cura di P. Valensise-G. Di Cecco-D. Spagnuolo, Torino, 2024, p. 23 ss.

²³ In argomento, v. 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, I, p. 81; A. PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi*, in *www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, secondo cui gli assetti amministrativi e quelli contabili rappresentano sottoinsiemi degli assetti organizzativi con la differenza che

successivamente, un dovere di tempestiva reazione volto ad azionare gli strumenti diretti a superare la crisi e recuperare la continuità aziendale²⁴.

Lungo questo itinerario argomentativo e ai fini della presente indagine, va rilevato che i programmi di valutazione del rischio non sono previsti per tutte le società a partecipazione pubblica, ma solo per le società a controllo pubblico²⁵ che, tuttavia, potranno essere qualificate anche come società “*in house*” in presenza dei requisiti previsti dal TUSPP (artt. 2, comma 1°, lett. o), c) ed eventualmente d) e 16).

Se, infatti, si conviene con l’inquadramento dell’obbligo di predisporre detti programmi tra i principi fondamentali della *governance* delle società, a stretto rigore non potrebbe predicarsi l’applicazione di un principio generale solo in favore delle società a controllo pubblico giustificando tale regola esclusiva sulla base di diverse scelte legislative e di una diversa risposta ad arginare fenomeni distorsivi di rilevanza “pubblica”.

Tuttavia, considerando congiuntamente le disposizioni normative del TUSPP e del CCII emergerebbe come il compiuto monitoraggio del rischio della crisi di una società *in house* richieda una implementazione del sistema di *risk management*²⁶ che non si esaurisca nei soli dati contabili codificati dal CCII in supporto alla previsione dell’art. 6, comma 2°, TUSPP, ma sia capace di coniugare informazioni contabili, storiche e prospettiche con elementi qualitativi, quali la strategia aziendale, gli obiettivi a medio termine, il controllo della gestione²⁷ ed i

gli assetti amministrativi consentono di offrire dati di natura preventiva mentre quelli contabili offrono dati di natura consuntiva.

²⁴ Sul tema, *ex pluribus*, V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5 ss. cui va il merito di aver interpretato cristallinamente l’art. 2381 c.c. facendo da apripista all’adeguatezza quale concetto relativo e pertanto non autosufficiente, dovendo essere rapportato a un *quid* rappresentato, nella norma *de qua*, dalle dimensioni e dalla natura dell’impresa; oltre ad aver rilevato due ulteriori declinazioni dell’adeguatezza – rispetto agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili – rinvenibili nell’adeguatezza tecnica e nell’adeguatezza patrimoniale; più recentemente, P. BENAZZO, *Assetti organizzativi, diritto dell’impresa e diritto delle società: dal passato a un (possibile) futuro*, in *www.dirittodellacrisi.it*; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice Civile: impresa, assetti organizzati e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 960 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell’impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 1 ss.; M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell’approccio e nella gestione delle crisi d’impresa*, in *Fall.*, 2022, p. 13, secondo cui l’art. 2086 c.c. è una disposizione non solo funzionale all’efficienza dell’impresa ma anche e soprattutto alla protezione degli interessi della comunità.

²⁵ Definite come «le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)» (art. 2, lett. m), TUSPP).

²⁶ Nella categoria del programma di *risk management* rientrano alcuni degli strumenti fondamentali per la rilevazione anticipata della crisi come l’analisi di bilancio per indici e margini e gli indicatori prospettici.

²⁷ Cfr. M. STELLA RICHTER JR, *I «controlli» nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 1376, secondo cui l’obbligo di istituire specifici programmi di valutazione del rischio di crisi significa obbligo di istituire la funzione di *risk management*.

rischi sociali e di *governance* (c.d. ESG)²⁸.

Sicché, i contenuti dei programmi di valutazione del rischio andranno calibrati nel rispetto della dimensione e natura dell'attività d'impresa esercitata dalla società *in house*.

Alla luce delle considerazioni effettuate è auspicabile, in una prospettiva *de iure condito*, prevedere: i) espressamente per le società *in house*²⁹ i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale *ex art. 6 TUSPP* in quanto strumenti considerati un'estensione applicativa degli assetti adeguati *ex art. 2086, comma 2°*, c.c. diretti a perseguire finalità di conservazione dell'impresa-società *in house* mediante l'imposizione *ex ante* di specifici doveri comportamentali³⁰; ii) che nelle relazioni sul governo societario di una società *in house* vengano esplicitati – al fine di garantire la continuità del servizio pubblico – i rischi specifici a cui le singole società sono soggette e le iniziative da intraprendere qualora i risultati attesi non vengano raggiunti e vi sia il chiaro riferimento all'adozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili³¹; iii) un monitoraggio organizzato sul bilancio delle società a partecipazione pubblica³² attraverso l'esame di strumenti di analisi quali i rendiconti finanziari³³ - integrati con sistemi di *budgeting* e

²⁸ In argomento, v. P. MONTALENTI, *Società, mercati finanziari e fattori ESG: ultimi sviluppi*, in *Corporate Governance*, 2022, II, p. 9 ss., ove l'A. esamina gli ultimi sviluppi in tema di fattori ESG (*Environmental, Social, Governance*) nel quadro di una tendenza in tutti gli ordinamenti verso il neo-istituzionalismo, analizzando le direttive *Shareholders' Rights I e II* e il nuovo Codice di *Corporate Governance* di Borsa Italiana.

²⁹ Una società a controllo pubblico potrà essere qualificata "*in house*" solo in presenza dei requisiti previsti dal TUSPP (artt. 2, comma 1°, lett. o), c) ed eventualmente d) e 16). Ed invero, le società *in house* si fondano sul controllo analogo, che è cosa ben diversa dal controllo societario *ex art. 2359 c.c.*

³⁰ Stesso plauso non può essere riscosso dai piani di risanamento bancari, i quali sottendono l'attivazione degli amministratori al ricorrere di una situazione di significativo deterioramento dell'equilibrio finanziario e patrimoniale lasciando, almeno in ipotesi, sfornita l'impresa bancaria di uno strumento di prevenzione operante su base continuativa (in questi termini, P. LONGO, *Lineamenti generali dell'allerta: banche, società a controllo pubblico e società di diritto comune*, in *Riv. dir. soc.*, 2024 p. 462 ss.).

³¹ Oltre ad essere un obbligo imposto dall'art. 2086 c.c. è condizione necessaria per permettere alle imprese di intercettare tempestivamente i primi segnali di crisi.

³² In argomento, v. C. RAINERO-A. MIGLIAVACCA, *I riflessi della riforma del bilancio delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. ed ec. impr.*, 2016, IV, p. 92, che rilevano come le società partecipate da enti territoriali e amministrazioni locali devono redigere il bilancio consolidato del Gruppo Pubblico Locale inserendo all'interno del proprio bilancio una "sintesi" quantitativa dei dati gestionali delle società partecipate e controllate dall'ente pubblico. Gli assetti contabili sono rappresentati da un efficiente sistema di rilevazione contabile, redazione di *budget* almeno annuali e bilanci intermedi, da un controllo periodico di concordanza tra saldi bancari e saldi contabili.

³³ Sul rendiconto finanziario come fonte di segnalazione di sintomi premonitori di tensione finanziaria v., da ultimo, G. GARESIO, *Il rendiconto finanziario: uno strumento utile per rilevare i sintomi della crisi di impresa?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, p. 339 ss., secondo cui occorre raffrontare la capacità informativa, prospettica e finanziaria del rendiconto con quella che

forecasting tipici del controllo di gestione - idonei a suggerire l'adozione tempestiva di interventi correttivi per scongiurare il sopravvenire della crisi e attribuendo rilevanza ad indicatori contabili di natura quantitativa (patrimoniali-finanziari e di redditività)³⁴ ed indicatori extra-contabili di natura qualitativa³⁵ che forniscono informazioni aggiuntive sulla tipologia di rischi per loro natura non rinvenibili con strumenti tradizionali e che devono essere personalizzati in funzione dell'attività svolta e delle dimensioni della stessa.

3. I rapporti tra piani di risanamento ex art. 14, comma 2°, TUSPP e piani di ristrutturazione ex art. 14, comma 4°, TUSPP come strumenti di soluzione della crisi delle società in house

Appare utile nell'analisi delle soluzioni concordate delle società *in house* il raffronto tra piani di risanamento ex art. 14, comma 2°, TUSPP e piani di ristrutturazione ex art. 14, comma 4°, TUSPP (strumenti idonei ad assicurare la continuità del servizio pubblico) volto a precisare a quali condizioni possa aver luogo l'intervento finanziario del socio pubblico nella ristrutturazione dell'impresa

Come noto, lo strumento privilegiato che la legge (art. 14, comma 2°, TUSPP) prevede per prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause è un idoneo piano di risanamento.

Per quanto attiene al possibile contenuto del piano di risanamento, il TUSPP definisce solo in negativo le misure adottabili (*rectius*, i provvedimenti adeguati) per le società a controllo pubblico: si esclude, se non in presenza di determinate condizioni, che il socio pubblico possa ripianare le perdite o concedere garanzie.

è la manifestazione della crisi consegnataci dall'art. 2, lett. a), CCII; cfr. anche C. FIENGO, *Il rendiconto finanziario: una valida fonte di informazioni nella prospettiva della prognosi della crisi*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, cit., p. 377 ss., secondo cui il prospetto del rendiconto finanziario rende più affidabile il processo di definizione dell'assetto finanziario ottimale e contribuisce significativamente a tenere sotto costante osservazione l'equilibrio finanziario dell'impresa nella prospettiva della continuità aziendale.

³⁴ Tra gli indicatori patrimoniali-finanziari si annoverano: *i*) indicatori di efficienza economica; *ii*) indicatori di liquidità e gestione del capitale circolante; *iii*) indicatori di struttura finanziaria; *iv*) indicatori di solidità patrimoniale (cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistemica della disciplina commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, p. 1206 ss., secondo cui tra gli indicatori di redditività si annoverano: il ROE (*Return on equity*) che misura la redditività complessiva dei mezzi propri; il ROA (*Return on assets*), che indica l'economicità della gestione aziendale o il ROS (*Return on sales*), che misura la redditività operativa ponderata in rapporto alle vendite).

³⁵ Trattasi degli indici che possono fornire informazioni utili sulla *performance* del servizio prestato dalla società (cfr., da ultimo, M. PANELLI-M. NAVARONI, *L'analisi di bilancio applicata all'impresa in crisi*, in www.dirittodellacrisi.it).

Così, infatti, l'art. 14, comma 4°, TUSPPP, esclude che le amministrazioni pubbliche possano, salvo quanto previsto dalle norme in materia di riduzione del capitale al di sotto del limite legale *ex artt. 2447 e 2482-ter c.c.*, "sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito, 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 di perdite anche infrannuali". Il divieto in questione, che preclude al socio pubblico di ricapitalizzare la società partecipata, si inserisce in quel più generale *trend* legislativo volto a ridurre gli abusi derivanti da un improprio utilizzo della società a partecipazione pubblica³⁶. Con i limiti al finanziamento delle società pubbliche si vuole evitare che la terapia di crisi si basi solo su versamenti da parte delle amministrazioni pubbliche-socie che in tal modo riducono temporaneamente gli effetti patrimoniali e finanziari, ma non rimuovono le cause economiche della crisi.

Sotto tale profilo appare chiara la distinzione rispetto alla disciplina di diritto comune, ove è sempre consentito al socio di sottoscrivere aumenti di capitale o di supportare finanziariamente la società partecipata attraverso finanziamenti, garanzie o altre forme di intervento.

La ragione è evidente. Infatti, mentre nelle società "di diritto comune" il rischio è che il socio, all'approssimarsi della crisi, abbandoni la società al proprio destino o scarichi sui creditori sociali le conseguenze della crisi, nelle società pubbliche il rischio è opposto: ossia che il socio continui a supportare finanziariamente una società in crisi, evitando di adottare le misure necessarie ad eliminarne le cause, così dilapidando risorse pubbliche e ritardando l'emersione dell'insolvenza.

Inquadrate in un'ottica generale le finalità del piano di risanamento nel caso di società pubblica³⁷, occorre ora soffermarsi sui possibili rapporti con il "piano di ristrutturazione aziendale" previsto dall'art. 14, comma 4°, TUSPP, sempre nella prospettiva di garantire la continuità del servizio pubblico in favore dell'utenza.

³⁶ Per un'applicazione del divieto, in giurisprudenza, Corte Conti, 27 luglio 2020, n. 157, in *www.iusexplorer.it*; in dottrina, P. LONGO, *op. cit.*, p. 440, secondo cui proprio per evitare fenomeni lapidatori delle risorse pubbliche, uno dei principi cardine attraverso il quale ruota l'intero TUSPP è il generale divieto di ricapitalizzazione delle società a controllo pubblico.

³⁷ In argomento, v. G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., p. 435 ss., secondo cui i piani di risanamento *ex art. 14 TUSPP* si differenziano dal piano attestato di risanamento *ex art. 56 CCII* sul piano normativo, non per il contenuto, quanto per il procedimento e gli effetti.

Giova, al riguardo, rilevare come i limiti che la legge pone al finanziamento del piano di risanamento da parte del socio di controllo pubblico possono essere superati ricorrendo ad un piano di ristrutturazione aziendale che sussiste ove il piano abbia “concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività svolte”.

In tale prospettiva, la distinzione tra “piano di risanamento”, previsto dall’art. 14, comma 2°, TUSPP, e “piano di ristrutturazione aziendale”, previsto dall’art. 14, comma 4°, TUSPP, appare poco più che nominalistica, posto che non individua strumenti diversi, bensì serve a precisare a quali condizioni possa aver luogo l’intervento finanziario del socio pubblico nella ristrutturazione dell’impresa³⁸.

Tuttavia, va precisato che la deroga consentita nel caso di predisposizione del piano di ristrutturazione è riferita, testualmente, alle sole società a controllo pubblico.

Sicché, ad avviso di chi scrive, sarebbe opportuno estendere la deroga a tutte le società (*in house*) in ragione del fatto che se la finalità del limite previsto dall’art. 14 TUSPP è quella di evitare di finanziare soggetti strutturalmente in perdita, allora è ben possibile che tali misure (ripiamento delle perdite) vengano inserite nell’ambito di un piano idoneo di “salvataggio” anche delle società *in house*.

4. L’accesso alla composizione negoziata delle società *in house*: limite alla continuità del servizio pubblico

Ove dalle verifiche indicate emergano criticità tali da non consentire una semplice correzione, imponendo di utilizzare strumenti volti a superare la crisi, gli amministratori devono subito adottare provvedimenti necessari fra i quali – a seconda del diverso percorso consigliabile in ragione dello specifico stato di crisi – rientrano tanto procedure stragiudiziali, quali *in primis* la composizione negoziata³⁹, quanto gli accordi di ristrutturazione e le diverse tipologie di concordato preventivo.

³⁸ È da ritenere che il concetto di “piano di ristrutturazione aziendale”, nel cui esclusivo alveo la copertura della perdita da parte del socio pubblico può legittimamente inserirsi, sia sostanzialmente equivalente a quello di “piano di risanamento” previsto dall’art. 14, comma 2°, salvo il fatto che in questo caso, avendo la crisi generato una “perdita” che evidenzia un problema economico, è richiesto che il piano di risanamento preveda anche le necessarie azioni di ristrutturazione dell’organizzazione aziendale, al fine di evitarne la reiterazione (in tale prospettiva, G. D’ATTORRE, *La crisi e l’insolvenza delle società pubbliche*, cit., p. 139 ss.; contrari, G. GUIZZI-M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 304).

³⁹ Fra i primi commenti si segnalano in particolare quelli di M.C. DI MARTINO, *La crisi della composizione negoziata*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, p. 708 ss.; D. BONACCORSI DI PATTI,

Risulta pregiudiziale operare un coordinamento tra il TUSPP e il CCII al fine di comprendere se la composizione negoziata della crisi sia applicabile alle società *in house providing*⁴⁰.

A sostegno della tesi affermativa si possono, a mio avviso, richiamare i seguenti (principali) argomenti: (a) la norma sull'ambito applicativo della composizione negoziata non sembra ammettere eccezioni tra gli imprenditori esercenti attività commerciale⁴¹; (b) in ogni caso, prima della "sostituzione" dell'allerta con la composizione negoziata, non si dubitava dell'assoggettamento delle società pubbliche all'allerta, di talché non sarebbe ragionevolmente sostenibile, in assenza di una diversa indicazione normativa nel passaggio dall'uno all'altro strumento di soluzione della crisi, l'esclusione delle società *in house* dalla composizione negoziata⁴².

In sostanza, dal quadro normativo appena tracciato – confermato peraltro dal silenzio del correttivo-*ter* al CCII⁴³- può desumersi che il legislatore del CCII non abbia escluso, sotto il profilo dell'ambito di applicazione soggettivo della composizione negoziata della crisi, le società *in house* con la conseguenza che si applicano congiuntamente sia le norme del TUSPP che quelle del CCII.

Orbene, acquisita la possibilità di estendere alle società *in house* il procedimento di composizione della crisi previsto dagli artt. 12 e ss. CCII, occorre ora verificare se lo strumento della composizione negoziata sia utile a garantire la continuità del servizio pubblico. Ed appunto in questa chiave le norme di cui agli artt. 12 e ss. CCII necessitano di essere esaminate alla luce delle peculiarità che le

Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, in Il Codice della Crisi. Commentario, cit., p. 82 ss., dove questi Autori (chi più, chi meno e con diverse sfumature) hanno salutato con favore le misure varate dal d.l. n. 118/2021; di segno contrario, invece, D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è, se vi pare*, su www.fallimentarista.it che viceversa considera le misure varate dal Decreto un "tradimento" delle ambizioni del Codice.

⁴⁰ In argomento, v. C. TRENTINI, *Presupposto oggettivo*, in *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, diretto da M. Irrera e S.C. Cerrato, Bologna, 2022, p. 74 ss., il quale risolve positivamente l'estensione dell'ambito applicativo della disciplina delle società pubbliche.

⁴¹ Cfr. art. 12, comma 1°, CCII, secondo cui «l'imprenditore commerciale e agricolo che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale e economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza».

⁴² Per raggiungere un risultato contrario a quello sostenuto occorrerebbe: (i) una esplicita deroga alla previsione dell'art. 1, comma 3°, TUSPP 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, o, in alternativa, (ii) un dato normativo che circoscriva, per le società partecipate/controllate da pubbliche amministrazioni, l'accesso solo alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare o da altre leggi speciali diverse da quella sulla composizione negoziata (cfr., sul punto, D. DE FILIPPIS, *Composizione negoziata della crisi e società pubbliche. Spunti per un'interpretazione adeguatrice*, in www.ibattellidelreno.it).

⁴³ Cfr., da ultimo, M. GREGGIO-C. SEGHI, *I limiti di accesso alla composizione negoziata dopo il correttivo-ter del Codice della Crisi*, in www.dirittodellacrisi.it.

società pubbliche presentano in ragione, tra l'altro, del loro oggetto sociale e della partecipazione nella compagine societaria delle stesse di uno o più enti pubblici svolgenti, nel caso di società *in house providing*, una forma di (penetrante) controllo sulla società.

Nell'ambito dell'organo gestorio a carattere collegiale con riferimento al peculiare profilo relativo alla competenza a presentare l'istanza per l'accesso alla composizione negoziata di una società *in house*, è doveroso precisare come tale prerogativa può essere attribuita all'uno o all'altro amministratore al momento dell'accertamento delle circostanze che rendono opportuna e necessaria l'iniziativa, oppure può essere assegnato nello statuto, nell'atto di nomina o nel conferimento di poteri degli amministratori delegati

Peraltro, se la società pubblica dovesse intraprendere la via della composizione negoziata della crisi, s'imporrebbe la nomina di un esperto⁴⁴ chiamato a compiere, dopo la nomina, valutazioni particolarmente invasive, in special modo, quando la società gestisce un servizio pubblico locale.

In tale prospettiva, è opportuno che l'esperto svolga un'analisi che non può considerarsi quella *standard*⁴⁵, in quanto la particolare natura dell'attività esercitata dalla società *in house* impone che le prospettive di risanamento tengano conto di indici - utili a valutare la praticabilità dell'iniziativa di risanamento - diversi da quelli normalmente adoperati⁴⁶.

Complesso appare altresì l'adeguamento, al contesto delle società 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» (art. 21, comma 1°, CCII).

Se si volesse rispettare il precetto normativo, si giungerebbe al paradosso che, per salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario⁴⁷, la società pubblica si

⁴⁴ Tra i contributi che offrono una disamina dei compiti dell'esperto si vedano, in luogo di molti, G.B. FAUCEGLIA, *L'esperto nella composizione negoziata della crisi: prospettive di sistema e responsabilità*, in *Dir. fall.*, 2024, I, p. 219 ss.; N. NISIO, *Requisiti di indipendenza e doveri dell'esperto e delle parti*, in *Il Codice della Crisi. Commentario*, cit., p. 98 ss. Tra le innovazioni introdotte dal Correttivo *ter* meritano menzione quelle riguardanti l'esperto, di cui è rafforzato il ruolo di figura centrale per il successo della composizione negoziata: in tale prospettiva v. gli artt. 13, comma 5°, 17, comma 5° e 19, comma 4°, CCII (cfr., da ultimo, M. FABIANI, *Ruolo, funzioni e responsabilità dell'Esperto nella Composizione negoziata*, in www.dirittodellacrisi.it).

⁴⁵ Valevole per tutte le imprese che svolgono attività commerciale e agricola.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Cfr. P. LONGO, *op. cit.*, p. 442, che nel rilevare come la composizione negoziata ruota attorno all'equilibrio patrimoniale ed economico-finanziario (art. 12 CCII) - valorizzando il concetto della sostenibilità economico-finanziario - vi è che il parametro su cui ogni

trovi – già in questa fase così anticipata della crisi – a dover rallentare l'erogazione del servizio, rendendone più incerta la continuità.

Ma vi è di più. La compromissione della continuità nell'erogazione del servizio pubblico affidato alla società *in house* potrebbe aversi anche sotto altro profilo.

L'art. 21, comma 1°, CCII prevede che, nel novero degli interessi da tutelare nel corso della composizione negoziata, risulta prevalente quello dei creditori⁴⁸; e tale richiamo confermerebbe 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 diverse, quali 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.

Da questi rilievi emerge, a giudizio di chi scrive, come l'osservanza dell'art. 21, comma 1°, CCII comporterebbe l'insorgenza di un ostacolo, non agevolmente superabile, per la buona riuscita della composizione negoziata nelle società *in house*. Ciò in quanto il rispetto del prevalente "interesse dei creditori" dovrebbe portare all'inevitabile sacrificio della tutela dell'interesse alla regolarità del servizio nei casi in cui la stessa comporti un loro eccessivo sacrificio.

Del resto, poiché nelle società pubbliche affidatarie del servizio la prosecuzione del pubblico servizio coincide sostanzialmente con la salvaguardia della continuità aziendale, a essere compromessa sarebbe proprio quest'ultima, nonostante la finalità di risanamento dell'impresa che la composizione negoziata si propone di realizzare⁴⁹.

valutazione, *rebus sic stantibus*, deve effettuarsi è il margine operativo lordo (MOL); ma così operando si dovrebbe ancorare la continuità aziendale alla mera conservazione del valore dell'impresa e dunque alla sua mera sopravvivenza nel mercato con risvolti non del tutto affidabili e con scarsa attitudine dello stesso indice a segnalare la "pre-crisi".

⁴⁸ Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Art. 21*, in *Commentario breve alle leggi su Crisi d'impresa ed insolvenza*, a cura di A. Maffei Alberto, Padova, 2023, p. 132, secondo cui la locuzione "senza pregiudicare gli interessi dei creditori" funge da parametro minimo di condotta che dovrà essere rispettato dall'imprenditore o dagli amministratori, a pena di incorrere in responsabilità.

⁴⁹ Tali considerazioni non possono prescindere dal dubbio rinvenibile - ancora oggi - che la composizione negoziata sia utilizzata da chi sia già insolvente con mera funzione dilatoria, e non sia concretamente scelta da chi non è ancora insolvente, e per questo non intende sottoporsi a nessun tipo di controllo (in questi termini, D. GALLETI, *Una postilla sugli interessi tutelati nel moderno diritto societario "in crisi"*, in *Riv. dir. soc.*, 2023, p. 252).

5. Il favor per l'applicabilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti

Individuati i limiti sollevati dalla procedura di composizione negoziata come strumento volto a superare la crisi delle società *in house* e garantire la continuità del servizio, l'attenzione deve ora polarizzarsi sull'applicabilità e sull'utilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57 CCIII)⁵⁰ e del concordato preventivo: fattispecie che risulterebbero, in ogni caso, funzionali alla continuazione del servizio pubblico locale da parte dell'affidatario in stato di crisi.

Le difficoltà maggiori si rinvencono nell'assenza di ogni riferimento, nell'art. 14, comma 1°, TUSPP, allo strumento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tuttavia, nessuna preclusione all'utilizzo degli accordi di ristrutturazione dei debiti sembra emergere dal sistema.

Ciò per una duplice serie di ragioni: *a)* dal punto di vista dell'interpretazione letterale, lo strumento in questione non ha natura di procedura concorsuale, ma ha matrice contrattuale, o prevalentemente contrattuale⁵¹, sì che non è possibile ritenere che il richiamo di specifiche procedure concorsuali escluda ogni strumento diverso dalle procedure; *b)* in senso funzionale, inoltre, la norma prevede quali procedure concorsuali si applichino nel caso in cui la crisi non sia stata risolta, e sarebbe incongruo intenderla nel senso di impedire l'utilizzo di strumenti che, con maggiore flessibilità e minori sacrifici per i creditori, mirino a prevenirla o addirittura a risolverla.

Può quindi concludersi che, qualunque sia la qualificazione giuridica che si intende attribuire agli accordi di ristrutturazione dei debiti, la soluzione non muta.

D'altro canto, il presupposto soggettivo degli accordi di ristrutturazione

⁵⁰ In argomento, G.B. NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Codice della Crisi. Commentario*, cit., p. 370 ss. e P. VELLA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel nuovo palinsesto del CCI*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1185 ss., che evidenziano come le innovazioni che l'art. 57 CCII apporta alla disciplina dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis* legge fall. non sono molte.

⁵¹ In questo senso, v. *ante* CCII, B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L. Fall.; natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 14 ss., che evidenzia una serie di caratteristiche ostative alla classificazione degli accordi come procedura concorsuale: (i) la mancanza di un provvedimento giudiziale di apertura della procedura; (ii) l'assenza di organi deputati alla gestione del procedimento; (iii) la carenza del carattere di universalità della procedura. Cfr., *post* CCII, A. MAFFEI ALBERTI, *Art. 57*, in *Commentario breve alle leggi su Crisi d'impresa ed insolvenza*, cit., p. 380 ss., secondo cui l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, pur basandosi su un accordo privatistico, prevede successivamente che il medesimo accordo confluisca in un procedimento che presenta gli elementi caratterizzanti il concorso, i quali non devono necessariamente manifestarsi tutti contemporaneamente e con la stessa intensità nei singoli procedimenti.

dei debiti è sostanzialmente coincidente con quello della liquidazione giudiziale e del concordato preventivo, sicché non vi è ragione di precludere alle società *in house* che hanno per oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici essenziali il ricorso agli accordi di ristrutturazione⁵².

Nell'indicata chiave di lettura e ai fini della presente indagine, giova rilevare come recente giurisprudenza di merito abbia sottolineato, in modo condivisibile, che l'estensione alle società *in house* dell'opzione relativa agli accordi di ristrutturazione dei debiti avvantaggerebbe la conservazione dell'organismo produttivo e, conseguentemente, la garanzia di continuità del servizio pubblico locale⁵³.

Del resto, e a ben riflettere, tra tutti i possibili strumenti giuridici non concorsuali di risanamento quello più promettente è proprio l'accordo di ristrutturazione dei debiti, in quanto è l'unico che offre, in caso di insolvenza, una protezione giuridica piena al percorso di ristrutturazione e ricapitalizzazione⁵⁴.

6. Il richiamo al concordato preventivo nell'art. 14 TUSPP

Dall'applicabilità della disciplina concorsuale nella concreta gestione della società *in house* è emersa la necessità di valutare e contemperare una pluralità di interessi: l'interesse pubblico connesso all'erogazione del servizio, l'istanza dei creditori al più ampio soddisfacimento e l'esigenza della stessa società *in house* alla risoluzione del suo stato di crisi⁵⁵.

Fermo l'interesse pubblicistico alla continuazione anche di società *in house* in crisi, non si vede come poter altrimenti intercettare questa specifica esigenza se non consentendo l'accesso alla procedura di concordato preventivo.

All'interno della disciplina della crisi delle società a partecipazione pubblica è piuttosto complesso e delicato cercare di offrire migliore interpretazione all'espressione generica "concordato preventivo"⁵⁶ che

⁵² In questi termini, L. STANGHELLINI, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 336 ss.; G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., p. 445 ss.

⁵³ Cfr., sul punto, in giurisprudenza, Trib. Sulmona, 27 marzo 2024, in *www.iusexplorer.it*.

⁵⁴ In questo ordine di idee, v. M. COSSU, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2023, I, p. 787.

⁵⁵ In argomento, v. G. D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 63-64, che osserva come nelle procedure con finalità liquidatorie si tende a far prevalere l'interesse dei creditori alla maggiore valorizzazione dell'attivo nel minor tempo possibile, mentre nelle procedure con finalità risanatorie si dia rilievo anche ad interessi diversi, il cui rapporto con quello dei creditori in caso di conflitto è variamente declinato e composto (per una sintesi vedi G. NUZZO, *Il conflitto di interessi dei creditori nel concordato*, Milano, 2019, p. 71 ss.).

⁵⁶ Occorre al riguardo, sul piano definitorio, effettuare una nuova classificazione o definizione: il concordato preventivo rientra oggi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2, lett. m-bis), CCIII, tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (sulla nozione

contribuisce a fissare l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 14, comma 1°, TUSPP.

A prima vista l'espressione dell'art. 14, comma 1°, TUSPP parrebbe abilitare qualsiasi società pubblica in termini del tutto generici alla praticabilità di qualsiasi genere di concordato preventivo, indipendentemente dalla sua natura esclusivamente liquidatoria ovvero in qualche modo connessa alla c.d. "continuità aziendale"⁵⁷.

Tuttavia, l'ormai discussa identità monolitica della particolare procedura concordataria rispetto al possibile oggetto del piano di risoluzione della crisi a supporto della proposta di migliore soddisfazione possibile dei creditori e, soprattutto, l'art. 14, commi 2° e 3°, TUSPP, induce ad una più approfondita riflessione per verificare se, in realtà, nel particolare caso delle società *in house*, il riferimento al concordato preventivo non debba essere interpretato in termini restrittivi ammettendo la sola praticabilità del concordato in c.d. continuità aziendale e non anche quello di genere puramente liquidatorio.

Al proposito, occorre ribadire che l'art. 14 TUSPP, in coerenza con l'art. 6, comma 2°, TUSPP, ha introdotto una sorta di procedura di allerta della crisi delle società a controllo pubblico.

Con questa disposizione il legislatore ha valorizzato il programma di valutazione del rischio di crisi che le società a controllo pubblico devono – proprio per non pregiudicare la prospettiva di continuità dell'impresa – predisporre informando l'assemblea dei soci. Infatti, al manifestarsi dei primi indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo ha l'obbligo di adottare senza indugio i provvedimenti necessari per eliminare le cause attraverso un idoneo piano di risanamento che presuppone, naturalmente, la continuazione dell'attività.

In questa cornice, occorre rilevare come nella disciplina del concordato preventivo la continuità aziendale rappresenterebbe soltanto una modalità operativa, relativa al piano, atta a generare quella liquidità destinata, almeno in parte, al soddisfacimento parziale dei creditori anteriori⁵⁸: da tanto si ricaverebbe l'estraneità, a questo sottotipo di procedura concordataria, del perseguimento di

di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza v. V. DONATIVI, *Le definizioni normative tra nozione, fattispecie e antinomie: il caso degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, I, p. 65 ss.).

⁵⁷ Cfr. A. ZORZI, *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, in *Dir. fall.*, 2020, I, p. 59 ss., secondo cui la nuova disciplina del concordato preventivo detta requisiti stringenti, sia per il concordato con continuità aziendale, sia per il concordato che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza definisce «liquidatorio» (sul punto v. anche V. PINTO, *La fattispecie di continuità aziendale nel concordato del Codice della Crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 372 ss.).

⁵⁸ In questi termini, V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 205 ss.

un obiettivo di risanamento⁵⁹.

Così distinte le finalità degli esaminati strumenti utili al mantenimento in essere dell'operatività aziendale emerge una filosofia di approccio alle crisi delle società pubbliche del tutto nuova.

Ed invero, il legislatore pare dire che le risorse di finanza pubblica non potranno più essere utilizzate liberamente dalla politica per sanare le crisi delle società pubbliche al di fuori di ogni progetto e controllo; dovranno, per converso, essere necessariamente inquadrati in precisi piani di risanamento dai quali, peraltro, risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico dell'attività.

In altri termini, ciò implica che tali piani strumentali alla realizzazione delle finalità dei provvedimenti necessari di cui all'art. 14, comma 2°, TUSPP, non possano in ogni caso prescindere dalla continuità aziendale, come nella sostanza conferma espressamente, tra l'altro, anche il successivo comma 5° dell'art. 14 TUSPP.

Tuttavia, qualora il piano dovesse essere puramente liquidatorio alcuna possibilità di finanza pubblica parrebbe poterci essere, dovendosi necessariamente applicare la liquidazione giudiziale.

Un piano concordatario puramente liquidatorio, infatti, sarebbe verosimilmente incompatibile con un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte imposto dall'art. 14, comma 4°, TUSPP.

Può quindi concludersi che per le società *in house* maggiori difficoltà sembrerebbero sussistere nell'ipotesi in cui venga richiesto l'eventuale concordato meramente liquidatorio⁶⁰, peraltro divenuto residuale e non incentivato dalle

⁵⁹ Oltre V. PETTIROSSI, *op. ult. cit.*, concordano, tra gli altri, su tale aspetto, L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, p. 1222 ss.; M. CAMPOBASSO, *Nuovi principi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa, Società, banche e crisi d'impresa*, diretto da M. Campobasso-V. Cariello-V. Di Cataldo-F. Guerrera-A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, p. 3015 ss.

⁶⁰ *Contra*, G. D'ATTORRE, *Il concordato preventivo delle società pubbliche*, cit., p. 881, secondo cui vero è che il concordato liquidatorio non prevede la prosecuzione dell'attività d'impresa, ma la scelta è assunta dalla stessa società in sede di piano di concordato, senza essere imposta dal Tribunale con il provvedimento di ammissione; a ciò si aggiunga che la legittimazione alla presentazione della domanda di concordato è attribuita unicamente al debitore, al quale spetta in via esclusiva la scelta di fare ricorso alla procedura concordataria. Si è in presenza, quindi, di una fattispecie sotto alcuni profili assimilabile a quella dello scioglimento anticipato per deliberazione dell'assemblea e senza autorizzazione all'esercizio provvisorio; in ambedue i casi, l'interruzione dell'attività d'impresa è conseguenza di una scelta "volontaria" della società.

disposizioni legislative sul piano economico⁶¹, perché, in tal caso, la continuità dell'attività aziendale sarebbe preclusa o ammissibile esclusivamente nei termini di un positivo contributo, in termini economico-finanziari, alla proposta concordataria.

Per questa via, il concordato preventivo viene ad essere per le società *in house* un concordato in continuità⁶² sì da assicurare che la società sia in grado di riposizionarsi sul mercato e di scongiurare l'interruzione del servizio⁶³.

6.1. (Segue). Concordato preventivo con continuità aziendale delle società *in house*: benefici e limiti

La soluzione fin qui prospettata appare plausibile a maggior ragione in considerazione delle novità introdotte sulla continuazione dei contratti o l'affidamento di appalti pubblici ai sensi dell'art. 95, comma 2°, CCII sempre che il concordato sia in continuità aziendale.

L'art. 14, comma 1°, TUSPP, fa espresso riferimento al concordato preventivo e non presenta alcun elemento di contrasto con le esigenze tipiche di una società di gestione di servizi pubblici, né tanto meno con la necessaria autonomia dell'ente pubblico socio dall'organo giudiziario⁶⁴.

⁶¹ Cfr. M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 114 ss., secondo cui il concordato preventivo liquidatorio risulta: i) un concordato più difficile da proporre perché la proposta deve superare le soglie di sbarramento, che invece non sussistono per il concordato con continuità; ii) meno controllabile nei suoi esiti dal debitore, perché la proposta di vendita dei beni ad un acquirente predeterminato fa scattare la possibilità di presentare offerte concorrenti; iii) privo di alcuni importanti strumenti di gestione interinale dell'impresa e di conformazione del contenuto della proposta. Per converso, sulle possibili ragioni di interesse ancora oggi ad un concordato liquidatorio v., da ultimo, V. DI CATALDO, *Concordati e procedure alternative. Quale futuro?*, cit., pp. 489-490.

⁶² Già nell'incipit dell'art. 84, comma 1°, CCII viene espressa, seppure in modo sotteso, una preferenza per il concordato con continuità aziendale (cfr. M. ARATO, *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano*, in *Il Codice della Crisi. Commentario*, cit., p. 493 ss., secondo cui la continuità aziendale è posta al centro dell'art. 84 e, più in generale, dell'intera disciplina concordataria, come denota l'articolato "statuto" che caratterizza questo tipo di concordato).

⁶³ Cfr. M. COSSU, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 781, secondo cui il concordato preventivo in continuità permette di conseguire il triplice obiettivo di consentire alla società di superare il suo stato di crisi, di realizzare un migliore soddisfacimento dei suoi creditori e di scongiurare l'interruzione del servizio.

⁶⁴ A favore dell'ammissibilità del concordato preventivo, si erano già pronunciati, in dottrina, ante TUSPP, C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 528 ss.; A. NIGRO-M. SANDULLI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, p. 8 ss. In giurisprudenza, Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*; di diverso avviso Trib. Nola, 30 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Teramo 24 ottobre 2014 con nota di S. CICCHINELLI, *Concordato preventivo*

Con riferimento alla tutela dell'interesse pubblico alla continuità del servizio, occorre inoltre rilevare che, nell'ambito del concordato, l'apertura della procedura non impone l'interruzione dell'attività di impresa che normalmente consegue alla dichiarazione di liquidazione giudiziale, né lo spossessamento del debitore, né attribuisce al Tribunale un potere di scelta della destinazione del complesso aziendale.

In questa prospettiva, la prosecuzione dell'attività aziendale della società *in house* potrebbe rappresentare l'ideale punto di incontro fra tutti gli interessi coinvolti, orientando così la scelta dell'imprenditore verso uno strumento di risoluzione della crisi che garantisca la continuità⁶⁵.

Nella comparazione tra i diversi interessi coinvolti, il nostro sistema giuridico, consapevole che la tutela del credito rappresenta una indiretta tutela del mercato, riconosce un ruolo di evidente preminenza proprio agli interessi del ceto creditorio verso i quali viene orientata la valutazione degli organi della procedura durante l'intero *iter* procedimentale, dalla formulazione della proposta seppur nei limiti relativi al sindacato giurisdizionale della sua fattibilità⁶⁶, alla sua approvazione attraverso la valutazione di convenienza rimessa alle scelte dei singoli creditori chiamati ad esprimere il necessario consenso.

L'opportunità di ipotizzare la continuità dell'attività, secondo il modello delineato dall'art. 95 CCII, passa quindi attraverso la predisposizione di un piano che, evidenziando i presumibili costi ed i prevedibili ricavi attesi, delinea la prosecuzione dell'attività in proprio o attraverso la cessione del complesso produttivo ad un terzo quale strumento, alternativo alla liquidazione, diretto comunque alla migliore soddisfazione del ceto creditorio.

La norma testé citata subordina la continuazione dei contratti all'attestazione ad opera del professionista della conformità al piano della continuazione dei contratti pubblici e della ragionevole capacità di adempimento

e società in mano pubblica, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, p. 127 ss. In seguito all'emanazione del TUSPP, in dottrina, M. COSSU, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 770 ss.; in giurisprudenza, v. Trib. Como, 27 marzo 2018, in *www.ilcaso.it*; Trib. Avezzano, 13 febbraio 2020, n. 23306, in *www.ilcaso.it*, che ha confermato l'assoggettabilità a concordato preventivo di società *in house*, nella specie svolgente servizio idrico.

⁶⁵ Sul tema del valore della continuità aziendale nelle procedure concorsuali v. S. LEUZZI, *L'evoluzione del valore della continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 479 ss.

⁶⁶ A livello di sistema appare certamente rilevante la previsione del concetto di fattibilità (oltre che giuridica) anche economica come elemento attestativo del piano ai fini della sua ammissibilità e omologabilità (sia consentito rinviare sul punto a A. PALUCHOWSKI, *Giudizio di fattibilità e ragionevole probabilità di impedire l'insolvenza. Ruolo del giudice e poteri dei creditori*, in *www.dirittodellacrisi.it*; C. COSTA, *Il controllo di fattibilità del concordato preventivo tra vecchia disciplina e nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, II, p. 331 ss., ove ampi richiami alla giurisprudenza tra cui Cass., 9 marzo 2018, n. 5825, in *www.ilcaso.it*).

del contratto da parte dell'imprenditore in concordato⁶⁷.

In presenza di tale attestazione, e di una dichiarazione di avvalimento di altro operatore economico in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto, è altresì consentita la partecipazione dell'impresa alla procedura di assegnazione di contratti pubblici.

Pertanto, nell'ipotesi in cui il piano preveda la c.d. continuità diretta⁶⁸, ovvero la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte della stessa società *in house*, potrebbe ritenersi assicurata la regolarità del servizio pubblico ad essa affidato.

La prosecuzione dell'attività verrebbe a costituire uno strumento alternativo alla liquidazione e idoneo a fornire quei ricavi⁶⁹ sufficienti a garantire il pagamento degli oneri (prededucibili) connessi alla prosecuzione dell'attività e, allo stesso tempo, a incrementare l'attivo destinato alla soddisfazione dei creditori⁷⁰.

Di conseguenza, nell'utilizzazione dello strumento concordatario con continuità aziendale - specie nella fattispecie vista della continuità c.d. diretta - dovrebbe auspicarsi un accorto monitoraggio.

Ed invero, se nel corso della procedura emerge che i risultati attesi non sono più logicamente conseguibili e, per converso, non si riesca a garantire il necessario fabbisogno per il pagamento dei debiti indicati nel piano, lo strumento concordatario dovrebbe perdere la sua funzione⁷¹.

⁶⁷ In particolare, l'attestazione di conformità dovrà sostanziarsi in un giudizio di coerenza della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione e i flussi dalla stessa generati (cfr. AA.VV., *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, a cura di F. Mastragostino e G. Piperata, Torino, 2024, p. 607 ss.)

⁶⁸ V. le riflessioni di V. PINTO, *op. cit.*, p. 377 ss., che scorge un triplice livello di regole nel regime normativo della continuazione: le cautele (di tipo essenzialmente informativo, in quanto volte a consentire la valutazione del rischio insito nella continuazione dell'impresa); le misure premiali (mirate ad incentivare la continuità); le misure protettive (ossia gli strumenti tesi ad evitare, nei rapporti con le controparti negoziali, la disgregazione del complesso produttivo in ragione dell'accesso alla procedura di concorso); da ultimo, S. AMBROSINI, *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano: gli interessi protetti e lo "statuto" della continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2024, II, p. 456, che distingue la continuità diretta e indiretta: nella prima l'attività viene proseguita dal debitore, nella seconda essa è dislocata in capo a un terzo, giacché la legge prevede "la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di un soggetto diverso dal debitore".

⁶⁹ Ricavi determinati dal corrispettivo pagato dagli utenti e dalla previsione di un'efficace azione di contrasto all'evasione tariffaria e/o di recupero dei crediti nei confronti degli utenti morosi.

⁷⁰ Ove sussistono tali condizioni, la prosecuzione dell'attività rappresenterebbe il punto di incontro nel quale potrebbero convergere tutti gli interessi coinvolti nella concreta gestione della crisi della società *in house*.

⁷¹ Non si potrebbe immaginare un sistematico ricorso al finanziamento da parte dello Stato e della p.a. che, pur garantendo la continuità nella fornitura del servizio, produca solo un

Tuttavia, tali problematiche non parrebbero porsi negli altri casi di concordato con continuità previsti dall'art. 84, comma 2°, CCII, ovvero la cessione dell'azienda in esercizio e il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione⁷².

Nella prima *sub-fattispecie* di continuità c.d. indiretta, il soddisfacimento dei creditori avrebbe luogo, infatti, attraverso la distribuzione del ricavato della vendita dell'azienda a terzi; nella seconda, essendo la contropartita di valore dell'azienda ceduta rappresentata dalla partecipazione in un'altra società (anche neocostituita), sarebbe necessario realizzare il relativo valore da distribuire, poi, ai creditori.

In queste ipotesi non vi sarebbe un problema di continuità aziendale - e, quindi, ove si ammettesse la cessione del contratto di servizio, di regolarità del servizio pubblico locale - essendo possibile identificare un tratto comune ad ambedue le fattispecie rappresentato dalla permanenza in esercizio dell'azienda medesima.

Tuttavia, sembrerebbe necessario andare a valutarne, *ab origine*, l'ammissibilità.

Quanto al possibile conferimento dell'azienda di una società *in house* in un'altra società di nuova costituzione⁷³, potrebbe rappresentarsi l'opzione che sia la stessa p.a. a costituire una nuova società nel rispetto del procedimento previsto nell'art. 7 TUSPP⁷⁴ e con il perseguimento di una delle finalità previste dall'art. 4

grave ed irreversibile depauperamento di risorse pubbliche ed esponga, contemporaneamente, al rischio di una procedura d'infrazione.

⁷² In argomento, v. A. AUDINO, *Sub art. 84, in Commentario breve alle leggi su crisi di impresa e insolvenza*, cit., p. 576 ss.

⁷³ Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alle leggi su crisi di impresa e insolvenza*, cit., p. 591, secondo cui il conferimento dell'azienda in più società presuppone la possibilità di trasferire distinti rami aziendali, poiché, diversamente, un suo smembramento non potrebbe dare luogo a continuità.

⁷⁴ Tra le disposizioni che si applicano a tutte le società a partecipazione pubblica figurano quelle che, per la prima volta nel nostro ordinamento, disciplinano la fase costitutiva della società a partecipazione pubblica, e più precisamente, ai sensi dell'art. 7, comma 1°, TUSPP, "la deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società è adottata con: a) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; b) provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali; c) deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche". Quel medesimo organo è competente anche a deliberare, *ex art. 7, comma 7°, TUSPP*, a) le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all'estero; d) la revoca dello stato di liquidazione: cfr. 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.*, 2017, p. 104, ove l'A. precisa che nel caso del

TUSPP che consiste nella gestione di un servizio pubblico locale di interesse economico generale. In seguito, sarebbe lo stesso socio pubblico ad indicare all'organo gestorio una siffatta modalità di soluzione negoziale della crisi⁷⁵.

Vero è che, mediante la costituzione di una nuova società conferitaria dell'azienda della società domestica o mista, si consentirebbe un *fresh start* per l'iniziativa pubblica; tuttavia, non può non considerarsi sia l'assenza di ogni indicazione normativa circa l'esperibilità di una simile modalità di affidamento del servizio, sia il rischio, per tale via, della possibile elusione di precise "sanzioni" normativamente previste⁷⁶.

Ma vi è di più. Una volta ammessa la possibilità di costituire una nuova società pubblica conferitaria dell'azienda, forti limitazioni sussisterebbero, tra le ipotesi di realizzo della partecipazione, per la cessione della partecipazione medesima a terzi - possibile solo nel rispetto dell'art. 10 TUSPP⁷⁷ e, ove si tratti di partecipazioni della nuova società *in house* ceduta ad un privato, degli artt. 16 e 17 del TUSPP⁷⁸ - e, similmente, per l'assegnazione delle partecipazioni ai creditori.

Individuati i benefici ed i limiti di assoggettare le società *in house* alla procedura di concordato in continuità, occorre altresì rilevare - nella prospettiva della ricerca di un equilibrio tra imprese e mercati e ai fini del nostro percorso di indagine - come tuttavia nella prassi il concordato preventivo continui ad avere numeri bassi alla luce sia dei costi immediati e certi che dell'ostilità del mercato assolutamente indifferente al disegno normativo che vorrebbe "risanare"

socio Comune la competenza a deliberare in assemblea straordinaria potrebbe essere del consiglio comunale in ogni caso oppure, a seconda, anche della competente commissione consiliare.

⁷⁵ Cfr. a favore della competenza gestoria nella soluzione concordataria della crisi F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 114 ss.

⁷⁶ Cfr. l'art. 14, comma 6°, TUSPP secondo cui nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti di retti le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società.

⁷⁷ L'art. 10, comma 1°, TUSPP dispone che "gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1°". Cfr. M. RENNA, *Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 119 ss., ove il dubbio se la regola dell'evidenza pubblica prevista per l'alienazione di partecipazioni debba essere seguita anche per le operazioni di aumento di capitale non riservato, ipotesi che l'art. 10, comma 1°, TUSPP non menziona.

⁷⁸ Al riguardo, v. V. VARONE, *Art. 17*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 378 ss.; N. ABRIANI, *Le società a partecipazione pubblica nell'osmosi tra diritto societario e diritto amministrativo: assetti proprietari, modelli di governance, operazioni straordinarie*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, I, Bari, 2011, p. 205 ss., che sottolinea come le limitazioni statutarie alla circolazione delle partecipazioni sociali non possono consentire elusioni del procedimento ad evidenza pubblica richiesto per il trasferimento delle partecipazioni pubbliche.

l'impresa⁷⁹.

6.2. La continuità dei contratti in essere con la pubblica amministrazione

In ordine agli effetti del concordato in continuità sui contratti pendenti stipulati con le pubbliche amministrazioni, è prevista una disciplina di carattere speciale contenuta nell'art. 95 CCII⁸⁰ per l'ipotesi in cui la società a partecipazione pubblica sia titolare di affidamenti di contratti pubblici.

L'art. 95, comma 1°, CCII, ricalca in gran parte il previgente art. 186-bis, comma 5°, legge fall. e prevede altresì che i contratti in corso di esecuzione⁸¹ alla data di deposito del ricorso, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni⁸², non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura e sono inefficaci eventuali patti contrari⁸³.

La regola vale sia per i contratti già in corso, che per quelli da stipulare *ex novo*.

⁷⁹ Sul punto cfr. V. DI CATALDO, *Concordati e procedure alternative. Quale futuro?*, cit., pp. 500-501, che rileva costi "nascosti" nel concordato come la gestione dell'impresa sotto controllo giudiziario e benefici lontani ed incerti. Secondo l'A. il mercato cerca di espellere l'impresa in crisi e fa di tutto per renderle la vita più difficile.

⁸⁰ La *ratio* della diversità - rispetto all'art. 97 CCII - va rintracciata nel fatto che in questo caso l'interesse del contraente *in bonis* coincide con quello pubblico alla regolare esecuzione del contratto (cfr. AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi di impresa*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2021, p. 110 ss.).

⁸¹ Cfr. P. LAZZARA-D. PALAZZO, *Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni*, in *Il Codice della Crisi. Commentario*, cit., p. 568, secondo cui in analogia a quanto previsto dagli artt. 97 e 172 CCII possono essere considerati in corso di esecuzione i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo.

⁸² Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed in solvenza*, cit., p. 699 ss., secondo cui sebbene la nuova formulazione di contratti con la pubblica amministrazione appaia meno evanescente e generica rispetto alla categoria dei contratti pubblici - cui si faceva riferimento nell'abrogato art. 186 bis legge fall., permane una certa genericità rispetto alla delimitazione della fattispecie in discorso se vista alla luce della non univocità della nozione di pubblica amministrazione. V. sul punto anche P. LAZZARA-D. PALAZZO, *op. cit.*, p. 569, secondo cui sotto il profilo soggettivo nel novero delle Pubbliche Amministrazioni possono essere inclusi tutti i soggetti che, nel regime dei contratti pubblici, assumono la qualifica di amministrazioni aggiudicatrici. In questo senso, debbono essere considerate "pubbliche amministrazioni" oltre lo Stato e gli enti pubblici, anche tutti gli altri enti che rientrano nel novero degli organismi di diritto pubblico o, nei settori speciali, le imprese pubbliche o le imprese titolari di diritti speciali esclusivi.

⁸³ È chiaro che l'enunciato normativo si riferisce al concordato in continuità, ma la regola vale anche per il concordato liquidatorio, a determinate condizioni: lo precisa l'ultima parte dell'art. 95, comma 2°, CCII, ove è detto che «le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio».

L'esecuzione di un contratto pubblico da parte di un'impresa che ha presentato domanda di concordato involge una serie di interessi solo parzialmente coincidenti con quelli coinvolti in un'analogica vicenda tra privati.

Sul versante "privatistico", la continuazione del contratto può presentarsi come mezzo per ripristinare l'equilibrio economico dell'impresa, in vista della continuità aziendale, o per conservare il valore dell'attivo, nella prospettiva della sua più proficua liquidazione (c.d. concordato liquidatorio). In entrambi i casi, la prosecuzione del rapporto deve risultare strumentale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Sul versante "pubblicistico", si pongono altre esigenze: l'interesse pubblico al corretto adempimento del contratto nonché l'interesse, che potrebbe dirsi "generale", alla parità di trattamento, non discriminazione, pubblicità e trasparenza negli affidamenti pubblici; principi la cui applicazione non è confinata alla procedura di gara, ma si estende anche alla fase esecutiva del contratto⁸⁴.

La prosecuzione del contratto pubblico da parte dell'impresa in concordato deve temperare i menzionati interessi, non potendo provocare un eccessivo danno ai creditori, né un intollerabile pregiudizio alla stazione appaltante né, ancora, una violazione ed elusione dei principi che governano la selezione pubblica del contraente.

In questo scenario, l'art. 95, commi 1° e 2°, CCII definisce le condizioni di prosecuzione del contratto pubblico da parte dell'impresa sottoposta a concordato preventivo⁸⁵.

Si chiarisce anzitutto che la domanda di accesso al concordato preventivo non comporta *ex se* la risoluzione del contratto stipulato dall'impresa richiedente.

L'inefficacia dei patti contrari, espressamente prevista dal legislatore, sancisce il carattere imperativo di tale disposizione.

La disposizione legislativa prevale su qualsiasi previsione di fonte secondaria, nonché su qualsiasi bando o atto amministrativo che dovesse disporre il contrario. La risoluzione automatica del contratto sarebbe contraria sia alla *ratio* della procedura di concordato preventivo alla quale non consegue

⁸⁴ In giurisprudenza v. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁵ Della prosecuzione dei contratti possono avvalersi anche le imprese cessionarie o le società conferitarie d'azienda o di rami d'azienda, cui i contratti afferiscono, purché siano in possesso dei requisiti previsti per l'aggiudicazione del contratto e la sua esecuzione. Tale previsione, già contemplata dall'art. 186 *bis*, consente di temperare due opposte esigenze: da un lato, quella dell'impresa cedente di mantenimento dei propri valori aziendali, dall'altra, quella della PA di sostituire al contraente in crisi uno in bonis – sempre in possesso dei necessari requisiti – che garantisca un esatto adempimento della prestazione. Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commento sub art. 95*, cit., p. 700.

necessariamente la cessazione dell'attività d'impresa, sia all'interesse pubblico sotteso alla corretta esecuzione del contratto pubblico⁸⁶.

È opportuno precisare che l'art. 95, comma 1°, CCII non distingue tra concordato in continuità e concordato liquidatorio⁸⁷, con la conseguenza che la risoluzione automatica dei contratti stipulati con pubbliche amministrazioni è da escludersi in ogni caso.

Resta in ogni caso facoltà del debitore chiedere l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione di uno o più contratti qualora la prosecuzione non risulti coerente con le previsioni del piano, né funzionale alla sua esecuzione.

7. L'incidenza del Codice dei contratti pubblici

Alla previsione contenuta nel CCII fa eccezione, oggi, l'art. 124 CCP⁸⁸ che, nel disciplinare gli effetti della liquidazione giudiziale o di altre procedure concordatarie dell'esecutore, esplicitamente legittima l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato⁸⁹, a partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavoro, forniture e servizi e ad eseguire i contratti già stipulati⁹⁰.

⁸⁶ Da questo punto di vista vi è piena equiparazione tra ente pubblico ed ente privato; entrambi sono costretti a subire l'evento concordato, senza poterlo invocare ai fini della risoluzione del contratto (cfr. G. PALMIERI, *Crisi dell'impresa e responsabilità sociale*, in *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, cit., p. 210).

⁸⁷ Le diverse caratteristiche delle due ipotesi di concordato rilevano sul piano del contenuto della relazione del professionista indipendente che costituisce condizione per la prosecuzione del contratto (cfr. P. LAZZARA-D. PALAZZO, *op. cit.*, pp. 570-571, secondo cui nel caso di concordato in continuità la prosecuzione del rapporto contrattuale con l'Amministrazione è consentita se la relazione indipendente attesta la conformità al piano di concordato, ove già proposto, e la ragionevole capacità di adempimento; nell'ipotesi in cui il concordato abbia finalità liquidatorie, la continuazione del contratto è consentita se il professionista indipendente attesta che essa è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio).

⁸⁸ In argomento, v. M. TRIMARCHI, *Art. 124*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata e M. Ramajoli, Pisa, 2024, p. 639, secondo cui l'art. 124 del Codice dei contratti pubblici tutela l'interesse della stazione appaltante di ottenere comunque il celere completamento dell'esecuzione del contratto, in attuazione del principio del risultato.

⁸⁹ Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commento sub art. 95*, cit., p. 701, secondo cui al fine di tutelare l'interesse pubblico che evidentemente viene in rilievo nell'ambito della contrattazione con la P.A., il legislatore prevede la necessaria autorizzazione da parte del Tribunale e, in seguito al decreto di apertura della procedura *de qua*, del giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale, se già nominato.

⁹⁰ La disposizione *ex art. 110*, comma 3°, di cui all'abrogato d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si ritrova pressoché invariata nell'art. 124, 4° comma, del nuovo Codice dei contratti pubblici, salva la precisazione per cui l'autorizzazione alla stipula del contratto deve intervenire entro il termine di cui all'art. 18, comma 2°, cioè entro sessanta giorni dall'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione; in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo. Cfr., in dottrina, A. PEZZATO-M. RATTI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici nella*

Quest'ultima disposizione è, quindi, coerente con il sistema che, *ex latere creditoris*, disciplina il rapporto contrattuale con l'ente pubblico legittimando la prosecuzione del rapporto⁹¹.

La rilevanza pubblicistica del rapporto contrattuale impone dunque di tutelare anche l'interesse riconducibile ai fruitori del servizio, temperandolo con l'istanza al soddisfacimento dei creditori: intanto la società *in house* potrà continuare l'attività imprenditoriale in quanto si accerti non solo che la continuazione dell'attività di impresa sia funzionale ad un migliore soddisfacimento dei creditori, ma anche che vi sia la ragionevole certezza che il servizio sia effettivamente erogato e quindi che le obbligazioni contrattuali siano adempiute.

Da ciò la necessità di una specifica attestazione da parte di un professionista, che avrà l'onere di certificare, tra l'altro, che vi sia una ragionevole capacità di adempimento.

Nella consapevolezza che la continuazione dell'attività di impresa può non limitarsi alla mera esecuzione dei contratti pendenti, l'art. 95 CCII legittima la società *in house* in concordato a proseguire nei rapporti in essere, ma anche, previa autorizzazione del giudice, a partecipare a nuove procedure di affidamento⁹².

In questi casi, tuttavia, per salvaguardare il contraente pubblico dal rischio di un eventuale successivo inadempimento degli obblighi contrattuali, lo stesso

liquidazione giudiziale, in *www.osservatorio-oci.org*; M.V. FERRONI, *Il bilanciamento tra obiettivi di risanamento e par condicio nelle gare pubbliche; la prevalenza della disciplina speciale*, in *Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d'impresa*, a cura di G. Capo-G.M. Esposito, Milano, 2023, p. 281 ss.; in giurisprudenza, v. Corte Cost., 22 aprile 2020, n. 85, in *www.ilcaso.it*, che ha riconosciuto l'importanza della partecipazione delle imprese in crisi alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, in funzione di una migliore soddisfazione dei creditori, frutto di un bilanciamento tra l'interesse della stazione appaltante al puntuale adempimento della prestazione affidata e l'interesse dell'impresa in concordato in continuità al superamento della crisi.

⁹¹ Se l'impresa partecipa a un raggruppamento temporaneo, essa deve essere sostituita da un operatore in possesso dei requisiti per l'esecuzione del contratto. In proposito l'art. 196, comma 6°, Codice dei contratti pubblici sembra superare l'orientamento della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*), ai sensi del quale si riteneva che il sostituto dovesse essere un componente del raggruppamento, non potendosi fare ricorso a un soggetto "esterno" ad esso, pena la violazione del principio di parità di trattamento e concorrenza.

⁹² La partecipazione a una procedura di gara è ammissibile solo in caso di concordato in continuità o di concordato in bianco. Tanto si desume sia dal contenuto della relazione del professionista indipendente sia dall'art. 95, comma 2°, CCI che estende all'ipotesi di concordato liquidatorio "solo" la possibilità di continuazione del contratto pubblico, così implicitamente precludendo la partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un "nuovo" contratto (cfr. P. LAZZARA-D. PALAZZO, *op. cit.*, p. 573 ss.).

art. 95 CCII, impone non solo l'attestazione testé riferita⁹³, ma anche la previsione di un'alternativa all'ipotesi di inadempimento dell'affidatario.

Se, quindi, per la prosecuzione dei rapporti è necessaria l'attestazione, per i nuovi affidamenti il maggior rischio di inadempimento connesso allo stato di crisi conclamato deve essere compensato anche dall'individuazione di un nuovo ed eventuale affidatario che si sostituisca al primo e che garantisca, comunque, l'erogazione del servizio.

In entrambi i casi, tuttavia, la continuazione dei contratti pubblici deve risultare coerente con le previsioni contenute nel piano industriale e, quindi, con la prosecuzione dell'attività di impresa.

Il legislatore ha, pertanto, inteso operare un raccordo tra la norma di cui all'art. 95 CCII che prevede la continuità dei contratti stipulati con la P.A. e il Codice dei contratti pubblici.

Ed invero, la disciplina introdotta dal Codice dei contratti pubblici è destinata a convivere con quella del CCII in quanto: *a)* l'art. 124 si occupa non solo del concordato in continuità, ma anche del concordato con cessione dei beni e della liquidazione giudiziale, ove sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa; *b)* per il concordato, viene inoltre disciplinata la fase che segue l'ammissione e quella ad essa precedente facendo espressa menzione della domanda presentata ai sensi dell'art. 44, comma 1°, CCII, con riferimento sia alla prosecuzione dei contratti che alla partecipazione alle gare; *c)* nel caso di concordato in continuità, dopo l'ammissione alla procedura, l'impresa ha le medesime facoltà viste per la liquidazione giudiziale con esercizio provvisorio; là dove invece dopo il deposito del ricorso, anche ai sensi dell'art. 44, comma 1°, CCII, e sino all'ammissione, essa può soltanto eseguire i contratti pubblici già stipulati⁹⁴; *d)* nel caso di concordato con cessione dei beni, l'impresa può eseguire i contratti pubblici in corso sia prima che dopo l'ammissione, ma non partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici⁹⁵.

⁹³ L'attestazione del professionista indipendente è analoga a quella richiesta dall'art. 95, comma 2°, per la prosecuzione di un contratto pubblico in corso, nel caso di concordato in continuità aziendale. Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commento sub art. 95*, cit., p. 701, secondo cui la funzione assegnata al professionista indipendente nell'ambito del concordato preventivo non si esaurisce nell'attestazione della veridicità dei dati aziendali del piano, della fattibilità dello stesso, ma si estende altresì nel caso di imprese che operano nel settore degli appalti pubblici, alla certificazione di conformità del piano e della ragionevole capacità di adempiere da parte dell'impresa in concordato, ai fini della prosecuzione dei contratti pendenti con la P.A.

⁹⁴ Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Commento sub art. 95*, cit., p. 267 ss.

⁹⁵ In tutti questi casi è prevista un'autorizzazione del giudice delegato che può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti all'avvalimento di altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto. Questa regola non vale nel caso dell'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale che non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto (in

Oltre alle novità individuate con riferimento alle singole disposizioni prese in esame, ciò che, rispetto al previgente sistema, merita di essere evidenziato è il tentativo di coordinamento che il legislatore prevede con la disciplina pubblicistica del Codice dei contratti pubblici che, in *subiecta materia*, si interseca con la disciplina concorsualistica.

Tuttavia, il legislatore se, da un lato, ha allineato le due normative, colmando lacune e antinomie che in passato avevano condotto la giurisprudenza di merito ad un'opera di interpretazione creativa⁹⁶, dall'altro, non ha colto l'occasione, tra l'altro, di definire i limiti entro cui un'impresa che ha presentato una domanda di concordato con riserva possa partecipare a procedure di aggiudicazione⁹⁷.

Sicché, qualche disposizione in più di raccordo tra il CCII e il TUSPP sarebbe opportuna ed eliminerebbe dubbi interpretativi⁹⁸ anche alla luce dell'ultimo intervento normativo (d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136).

Del resto, dall'entrata in vigore del CCII le norme del TUSPP non sono state abrogate ma continuano a coesistere unitamente alle disposizioni codicistiche, dando luogo ad una speciale disciplina concorsuale delle società *in house*⁹⁹.

Cercando di individuare il punto di sintesi tra la disciplina della crisi d'impresa e la rinnovata normativa in materia di contratti pubblici potrebbe confermarsi l'impressione – valida pure con riguardo al soggetto pubblico affidatario tramite gara del servizio pubblico locale – che l'interesse delle stazioni pubbliche appaltanti alla regolare esecuzione della prestazione debba essere, giocoforza, temperato con la finalità di salvataggio dell'impresa in crisi, specialmente nell'ipotesi in cui quest'ultima venga ammessa al concordato con continuità aziendale o, una volta dichiarata la liquidazione giudiziale, all'esercizio provvisorio.

questi termini, M. MARIANI-B. BRUNELLA-E. TOMA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Torino, 2023, p. 265 ss.).

⁹⁶ Così, Trib. Bolzano, 9 gennaio, 2018, in *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui in ambito di preconcordato o concordato c.d. "in bianco" (o fase preconcordataria), qualora il ricorso sia accompagnato da una adeguata *disclosure* sulle linee guida del piano in continuità aziendale, l'impresa può partecipare a nuove procedure di affidamento, previa autorizzazione del tribunale, che acquisisca in principalità il parere dell'organo commissariale in punto di convenienza per il ceto creditorio della partecipazione alla procedura pubblica.

⁹⁷ In giurisprudenza, *ante* nuovo Codice dei contratti pubblici, v. Cons. Stato, 27 maggio 2021, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹⁸ In questo ordine di idee, v. M. COSSU, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 794.

⁹⁹ Lo si desume in modo chiaro dall'art. 1, comma 3°, CCII, il quale, nel delineare l'ambito di applicazione del Codice, stabilisce letteralmente che «sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche».

8. *La possibilità di prevedere una responsabilità degli amministratori per indebita continuazione dell'attività di impresa e per c.d. "errata scelta" dello strumento di soluzione della crisi*

Delineati i benefici ed i limiti delle diverse soluzioni concordate della crisi anche alla luce del CCP, giova ora indagare sulla possibilità di configurare una responsabilità degli amministratori derivante dall'indebita continuazione dell'attività d'impresa¹⁰⁰ e per c.d. "errata scelta" dello strumento di gestione della crisi di una società *in house*.

Anzitutto, va osservato che la preferenza espressa dal legislatore per le soluzioni idonee ad assicurare la continuità aziendale non sembra spingersi al punto da ritenere sempre e comunque legittima la prosecuzione dell'attività di impresa di una società *in house*. Non si può, cioè, escludere che secondo una valutazione condotta alla stregua del principio di corretta gestione della crisi¹⁰¹ la situazione aziendale sia tale da non consentire (più) di considerare ragionevolmente perseguibile alcuna prospettiva di risanamento e che, quindi, si debba interrompere lo svolgimento dell'attività.

In questa prospettiva, pare potersi affermare che agli amministratori potranno essere imputate le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'indebita continuazione dell'attività di impresa quando essa non risulti strumentale ad assicurare la continuità aziendale. La stima del danno, in questo caso, potrebbe allora essere calcolata assumendo quale riferimento la somma risultante dalla differenza dei netti patrimoniali (di liquidazione) calcolati a partire dal momento in cui l'attività d'impresa avrebbe dovuto cessare. Ciò, tuttavia, non in applicazione del criterio presuntivo fissato dall'art. 2486, comma 3°, c.c.¹⁰², bensì quale parametro al quale fare ricorso nell'ottica di una valutazione equitativa delle

¹⁰⁰ In argomento, v. S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 2019, p. 960 ss.; M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, cit., p. 614, il quale configura la responsabilità degli amministratori nel caso di artificiosa conservazione in vita di un'impresa non risanabile e, dunque, destinata a sfociare nell'insolvenza.

¹⁰¹ Per alcune riflessioni in merito, tese a evidenziare l'impatto innovativo che il quadro normativo finalizzato a disegnare obblighi e responsabilità in presenza di una situazione di crisi produce sul piano della disciplina della responsabilità degli organi sociali, v. F. MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, a cura di L. Balestra-M. Martino, Milano, 2022, pp. 27 ss., spec. 49 ss.

¹⁰² Per un'ampia disamina del problema relativo alla possibilità di assegnare portata generale - e, nel caso, entro quali limiti - ai criteri fissati nell'art. 2486 c.c. nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli amministratori, cfr. P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Le linee perimetrali dei criteri normativi di quantificazione del danno nella responsabilità degli amministratori di società di capitali*, in *Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, a cura di G. Rescio-M. Speranzin, Torino, 2020, p. 345 ss., al quale si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'indebita prosecuzione dell'attività di impresa, da valutarsi in relazione alle circostanze del caso concreto.

Da altro angolo visuale, occorre altresì chiedersi se possa essere invocata una incompetenza degli amministratori nella scelta dello strumento di regolazione della crisi, a scapito di altre alternative ed indagare sui doveri e requisiti previsti dal TUSPP per gli organi amministrativi delle società *in house* anche attraverso un raffronto con gli elementi di specificità che caratterizzano gli organi sociali nei settori vigilati.

In primo luogo, è opportuno individuare – anche traendo spunto dai parametri di selezione previsti per le società di diritto comune e tenuto conto dei particolari interessi sottesi ad una società *in house* - i criteri che potrebbero indirizzare l'amministratore nella scelta più adeguata degli strumenti apprestati dall'ordinamento¹⁰³.

Al riguardo, a mio avviso, si dovrebbe tener conto: *i*) dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e razionalità; *ii*) della esistenza di una situazione di crisi e della sua entità; *iii*) della prognosi sulla sostenibilità economico/finanziaria dell'attività di impresa con i conseguenti effetti, tanto sui potenziali flussi di cassa (e costi) della continuità, quanto sulla tutela degli interessi connessi alla prosecuzione; *iv*) del fattore "tempo" inteso come lunghezza del periodo necessario per il superamento dello stato di crisi; *v*) dei costi del ricorso ai vari strumenti e sull'esistenza e disponibilità di risorse che consentano di far fronte agli stessi.

Tali considerazioni rendono necessario precisare come tale elencazione sia esemplificativa e parziale, in quanto inadeguata a rappresentare la varietà delle situazioni che in concreto possono verificarsi¹⁰⁴.

In questo scenario, non può sfuggire l'importanza che assume - nella individuazione di un canone o *standard* di comportamento degli amministratori -

¹⁰³ Sui possibili criteri di scelta dello strumento di gestione della crisi nelle società di diritto comune, v. G. LOMBARDI-P. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta di risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 713 ss.; R. RANALLI, *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, in *Fall.*, 2012, p. 501 ss.; S. PACCHI, *La scelta dello strumento di regolazione della crisi*, in *www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*; da ultimo, G. D'ATTORRE, *Scelta dello strumento di gestione della crisi e business judgement rule*, cit., p. 155, secondo cui è da escludere che tra gli strumenti possa delinearsi un ordine di priorità nell'utilizzo basato su una scala progressiva di intervento dell'autorità giudiziaria.

¹⁰⁴ In argomento, v. G. D'ATTORRE, *Scelta dello strumento di gestione della crisi e business judgement rule*, cit., p. 162, secondo cui è inadeguato il tentativo di fissare la discrezionalità degli amministratori nella scelta degli strumenti di gestione della crisi entro vincoli rigidi e predeterminati (in questo ordine di idee v., da ultimo, G. MEO, *Business Judgement Rule e crisi*, in *Riv. soc.*, 2024, p. 586, secondo cui nessuna forma di vincolo sussiste dato che ogni strumento è pensato per un modello di situazione critica, sicché la coniugazione della scelta concreta con le concrete caratteristiche rende impossibile istituire tra i modelli una gerarchia funzionale o una sequenza temporale predefinita).

il riferimento al superamento della crisi e al recupero della continuità aziendale quali finalità che devono essere perseguite nella individuazione delle più opportune soluzioni¹⁰⁵.

Del resto, una volta posta al centro del sistema la nozione di crisi in luogo di quella di insolvenza¹⁰⁶ e accolta l'idea che il verificarsi di una situazione di crisi costituisce una fase fisiologica all'interno del ciclo di una iniziativa imprenditoriale, la correttezza gestoria rispetto a tale momento dell'attività di impresa si misura, coerentemente, sulla capacità di affrontare tempestivamente i problemi emersi e di individuare soluzioni idonee a consentire il superamento di tale fase in una prospettiva di continuità. Ciò consente di sostenere che quando lo strumento di soluzione viene attivato in una situazione di crisi sia imposto agli amministratori di scegliere un percorso di risanamento che, nel tentativo di preservare e/o recuperare la continuità aziendale, tenga in debito conto l'interesse pubblico, l'istanza dei creditori al più ampio soddisfacimento e l'esigenza della stessa società *in house* alla risoluzione del suo stato di crisi.

In tale direzione, appare utile rilevare come l'art. 19 della direttiva (UE) 2019/1023 imponga in capo all'organo amministrativo l'obbligo di individuare ed attuare la soluzione che meglio consenta di tutelare diversi interessi¹⁰⁷.

Poiché la legge impone un dovere di comportamento diligente degli amministratori, fissandone lo *standard* con riferimento a diversi interessi confliggenti, pare giusto ritenere che il mancato rispetto di tali *standard* comporti una responsabilità per danni¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Si tratta di una indicazione coerente con quanto implicitamente ricavabile da tutte le disposizioni che, nell'attribuire rilievo agli interessi dei creditori con riguardo alle modalità di svolgimento dell'attività di impresa, muovono dal presupposto implicito della sua continuazione anche in presenza di una situazione di crisi o di insolvenza (cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino, 2019, p. 310 ss.).

¹⁰⁶ In argomento v. le osservazioni di B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, II, p. 199 ss.

¹⁰⁷ L'art. 19 Direttiva (UE) 1023/2019 prevede che: «Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi: a) gli interessi dei creditori, e dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; b) la necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; e c) la necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa».

¹⁰⁸ La disposizione comunitaria detta una regola oggettiva, il cui adempimento dovrebbe evitare qualsiasi responsabilità (cfr. M.S. SPOLIDORO, *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, in *Riv. Soc.*, 2022, p. 1267, secondo cui l'art. 19 della direttiva (UE) 2019/1023 non enuncia una regola precisa, bensì un canone o standard di comportamento che sostanzialmente si determina come obbligo di tener conto di diversi interessi tra loro potenzialmente in contrasto e di giungere a una "ragionevole" ed "equilibrata" sintesi dei medesimi). Pur prendendo atto della mancanza nell'ordinamento italiano di istituti quali

Sicché, alla varietà degli strumenti che il legislatore ha messo a disposizione della società in crisi corrisponde una maggiore responsabilizzazione dell'organo amministrativo.

Giova ricordare, al proposito, che i membri degli organi amministrativi e di controllo delle società sottoposte a controllo pubblico devono avere i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia stabiliti con decreto della Presidenza del Consiglio del Ministro su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in Conferenza unificata (art. 11 TUSPP)¹⁰⁹.

In attesa dell'emanazione del suddetto decreto si può constatare che la fissazione dei requisiti è stata prevista in positivo (nel senso di requisiti da possedere) e, auspicabilmente, dovrebbe essere incentrata sulla falsariga di quanto

*L'Insolvenzantragspflicht di diritto tedesco, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actife di diritto francese, la responsabilità da concurs o culpable di diritto spagnolo o il wrongful trading (prosecuzione dell'attività quando l'amministratore sapeva o avrebbe dovuto sapere che non vi erano ragionevoli prospettive di evitare una procedura di insolvenza) previsto dalla section 214 dell'Insolvency Act inglese del 1986, si ritiene sia possibile ravvisare il dovere degli amministratori di affrontare tempestivamente la crisi finanziaria (in questi termini, per tutti, M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, p. 1105, ed ivi la precisazione che il compito di monitorare lo stato di salute della società, sul piano finanziario, economico e patrimoniale, compete, in primo luogo, agli amministratori).*

¹⁰⁹ Nel Testo unico non è espressamente previsto un termine entro il quale i requisiti in questione dovranno essere stabili (in argomento, v. R. TORINO, *Art. 11*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 300 ss.; I. DEMURO, *La governance*, in *Le nuove società a partecipazione pubblica*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Bologna, 2018, pp. 138-139; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 413 ss., che evidenzia l'opportunità di attivare delle possibili modalità di selezione ad evidenza pubblica (o mediante *head hunters*) dei nominandi sulla base di quanto previsto nella direttiva del MEF 24 giugno 2013, n. 14656; M. DI RIENZO, *Gli organi di amministrazione e controllo nel Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Le nuove società a partecipazione pubblica*, cit., p. 148 ss., che osserva come i requisiti soggettivi, che prima potevano essere previsti statutariamente, divengono requisito *ex lege* per poter assumere la carica indipendentemente dalla tipologia societaria scelta.

¹⁰⁹ Per quanto riguarda le società che svolgono attività assicurativa il riferimento è ai requisiti di professionalità e indipendenza degli esponenti aziendali richiesti dall'art. 76, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (cfr. A. VICARI, *Artt.-76-78*, in *Codice delle assicurazioni private*, a cura di A. Candian e G. Carriero, Napoli, 2014, p. 336 ss.). Per le società quotate l'art. 147 *ter*, 4° comma, TUF, prevede la possibilità per lo statuto di fissare ulteriori requisiti, oltre a quelli richiesti relativi all'indipendenza, per la nomina dei componenti del consiglio di amministrazione richiamando quanto previsto dai codici di comportamento o dalle associazioni di categoria e quindi il Codice di autodisciplina (in argomento, v. V. CALANDRA BUONAURA, *Commentario breve al testo unico della finanza*, Milano, 2020, p. 1093 ss.). **nella** direttiva del MEF 24 giugno 2013, n. 14656; M. DI RIENZO, *Gli organi di amministrazione e controllo nel Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Le nuove società a partecipazione pubblica*, cit., p. 148 ss., che osserva come i requisiti soggettivi, che prima potevano essere previsti statutariamente, divengono requisito *ex lege* per poter assumere la carica indipendentemente dalla tipologia societaria scelta.

accade nei settori vigilati¹¹⁰, sulle specifiche competenze che i nominandi dovrebbero avere, superando in tal modo la prassi che spesso ritiene sufficiente il *curriculum* basato su veri o presunti “meriti politici”.

Nella prospettiva delineata, sarebbe forse opportuno prevedere *ex lege* – nell’ottica della correttezza della scelta dello strumento della crisi e in una prospettiva *de lege ferenda* – la nomina di amministratori “tecnici” che, oltre ai requisiti già dettati dal TUSPP, siano soggetti ai criteri di professionalità e competenza¹¹¹ e ad un processo di autovalutazione¹¹² come previsto per gli organi sociali delle Banche (art. 26 TUB)¹¹³.

Occorrerebbe, dunque, un grado di diligenza “rafforzato” per gli amministratori delle società *in house* che erogano servizi pubblici essenziali in ossequio ad un interesse sociale sempre più permeato dagli interessi pubblici che contraddistinguono l’esercizio dell’attività di impresa.

¹¹⁰ Per quanto riguarda le società che svolgono attività assicurativa il riferimento è ai requisiti di professionalità e indipendenza degli esponenti aziendali richiesti dall’art. 76, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (cfr. A. VICARI, *Artt.-76-78*, in *Codice delle assicurazioni private*, a cura di A. Candian e G. Carriero, Napoli, 2014, p. 336 ss.). Per le società quotate l’art. 147 *ter*, 4° comma, TUF, prevede la possibilità per lo statuto di fissare ulteriori requisiti, oltre a quelli richiesti relativi all’indipendenza, per la nomina dei componenti del consiglio di amministrazione richiamando quanto previsto dai codici di comportamento o dalle associazioni di categoria e quindi il Codice di autodisciplina (in argomento, v. V. CALANDRA BUONAURA, *Commentario breve al testo unico della finanza*, Milano, 2020, p. 1093 ss.).

¹¹¹ Vedi, tra i molti, F. SARTORI, *L’indipendenza degli esponenti aziendali nelle società quotate e nelle imprese bancarie*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 113 ss., secondo cui, la formula dell’indipendenza, sul piano concettuale, non esprime una qualità assoluta, bensì una condizione dell’individuo in relazione a qualcosa e/o a qualcuno; G. PRESTI, *Requisiti e criteri di idoneità degli amministratori di banche: il consiglio come giudice di se stesso*, in *Banca Impr. Soc.*, 2022, p. 3 ss., secondo cui gli esponenti aziendali delle banche devono essere dotati di requisiti individuali di idoneità soggettiva potenziati e più stringenti rispetto a quelli richiesti per la medesima carica nelle società di diritto comune; ciò rende l’amministratore di banche un gestore altamente qualificato, con importanti riflessi anche in tema di responsabilità per l’attività svolta (sul punto, v. A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 571 ss.).

¹¹² La normativa settoriale stabilisce che l’organo amministrativo debba altresì svolgere, costantemente, un processo di autovalutazione per verificare l’idoneità dei singoli componenti e dell’organo amministrativo nel suo insieme (cfr. C. PISTOCCHI, *Professionalità e competenza degli amministratori di banche*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, p. 225).

¹¹³ In argomento, v. I. GIRARDI-G. NUZZO, *Art. 26*, in *Comento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 214 ss., secondo cui l’imposizione di requisiti e criteri soggettivi di idoneità è uno degli elementi in grado di assicurare la qualità del governo societario della banca; qualità che, assieme all’adeguatezza patrimoniale e organizzativa, è considerata uno dei pilastri della stabilità degli intermediari bancari.

Importanti spunti, in tale direzione, lasciano intravedere i recenti requisiti di selezione volti a reclutare gli amministratori di società partecipate dal Comune di Napoli¹¹⁴.

Ed invero, gli amministratori dovranno: *a)* essere selezionati secondo criteri meritocratici; *b)* avere obiettivi assolutamente verificabili; *c)* godere di autonomia operativa, sottraendosi alle ingerenze politiche.

In questo scenario, non pare da escludere - malgrado l'assenza di criteri certi nella scelta dello strumento di soluzione della crisi delle società *in house* - una responsabilità degli amministratori per indebita continuazione dell'attività d'impresa in assenza di prospettiva di risanamento e per aver mal esercitato la scelta di accedere a uno strumento di gestione della crisi, indagando sul piano della correttezza del processo decisionale seguito (anche richiamando i principi dettati dall'art. 19 della direttiva (UE) 2019/2023), dell'assenza di conflitto d'interessi e della non manifesta negligenza, irragionevolezza e arbitrarietà¹¹⁵.

Naturalmente, perché possa esservi responsabilità degli amministratori è necessario che si dimostri l'occorrenza del danno¹¹⁶, oltre che il comportamento contrario al diritto, e il nesso causale.

¹¹⁴ V. il caso delle società partecipate Napoli Holding S.r.l., Napoli Servizi S.p.A., A.S.I.A. Napoli S.p.A.

¹¹⁵ Per alcuni spunti sulla possibile responsabilità degli amministratori per c.d. "errata scelta" dello strumento di gestione della crisi, v. M.S. SPOLIDORO, *I soci dopo l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi*, cit., p. 1254 ss.; F. BORDIGA, *Gli obblighi degli amministratori nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, secondo cui la scelta degli strumenti di reazione all'allarme e soprattutto la decisione circa il contenuto specifico che viene dato allo strumento scelto, affinché non risulti irragionevole se non abusiva, deve essere mantenuta in un rapporto di proporzionalità e continenza rispetto al sacrificio imposto ai soci; da ultimo, G. D'ATTORRE, *Scelta dello strumento di gestione della crisi e business judgement rule*, cit., p. 164 ss., che esamina il quesito circa l'applicabilità della *business judgement rule* alla decisione degli amministratori in ordine alla scelta dello strumento di gestione della crisi. Sul rapporto tra amministratori e soci negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, vedi, tra gli altri, M. CAMPOBASSO, *La posizione dei soci nel concordato preventivo della società*, in *La crisi d'impresa nel nuovo codice: problemi e prospettive*, cit., p. 155 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 312, il quale precisa che la responsabilità degli amministratori per i danni derivanti dalle scelte compiute nella selezione dello strumento di composizione della crisi e nella configurazione del suo contenuto non può essere esclusa dal fatto che queste scelte siano state condivise dai soci, neppure quando siano state approvate da tutti i soci.

¹¹⁶ In argomento, v. M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, p. 162, che indica, quali potenziali danni, l'aggravio di spesa, i maggiori interessi e il deterioramento degli attivi.

9. Spunti di riflessione e prospettive de iure condendo

Alla luce delle considerazioni effettuate nel presente scritto si possono, a mio avviso, trarre alcune riflessioni.

In primo luogo, esiste nelle società *in house* che erogano servizi pubblici essenziali un interesse sociale sempre più permeato dagli interessi pubblici che, in un certo senso, avvicina queste società all'impresa bancaria¹¹⁷ in punto di sana e prudente gestione.

Sicché, sarebbe utile - in una prospettiva *de lege ferenda* - la nomina di amministratori "tecnici" così come previsto per i settori vigilati.

In secondo luogo, è opportuno rilevare come con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza le società *in house* in crisi dispongano di una "panoplia" di strumenti di soluzione della crisi.

Un armamentario composito di cui si lamenta, tuttavia, il problema della scelta dello strumento di gestione della crisi.

D'altro canto, è innegabile che la presenza di un'ampia scelta non importa di per sé risultato positivo - anzi è semmai l'esatto opposto - perché proprio l'elevato numero di strumenti rischia di creare incertezze e può anche non consentire soluzioni che siano fattibili, giuridicamente ed economicamente¹¹⁸ con possibili conseguenze in punto di responsabilità degli amministratori.

Tirando le fila del discorso, il concordato preventivo in continuità - tra tutti gli strumenti di soluzione della crisi - sembra la soluzione che potrebbe meglio scongiurare l'interruzione del servizio pubblico e contemperare una pluralità di interessi: l'interesse pubblico connesso all'erogazione del servizio, l'istanza dei creditori al più ampio soddisfacimento e l'esigenza della stessa società *in house* alla risoluzione del suo stato di crisi.

Tuttavia, ai nostri fini, appare davvero singolare che neppure il recentissimo correttivo *ter* al CCII (d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136) abbia previsto

¹¹⁷ Prospettiva analoga di avvicinamento delle società *in house* che erogano servizi pubblici essenziali all'impresa bancaria in caso di insolvenza è affrontata nel mio lavoro su *Società in house insolventi e continuità del servizio pubblico*, Torino, 2024, p. 205 ss.

¹¹⁸ Segnala le problematiche di fondo sottese a questa scelta, L. STANGHELLINI, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, in www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it, quando osserva che attuare la Direttiva mediante più strumenti di ristrutturazione già esistenti avrebbe avuto un minore impatto sistematico, ma sarebbe stato complesso dal punto di vista tecnico, in quanto gli adeguamenti avrebbero dovuto essere coordinati in un quadro unitario, anche al fine di assicurare la fluidità e modularità della ristrutturazione delle quali si è detto.

un (doveroso) coordinamento con le pregresse regole in tema di crisi ed insolvenza delle società a partecipazione pubblica recate dal relativo TUSPP (artt. 6 e 14)¹¹⁹.

¹¹⁹ Sarebbe forse opportuno, in una prospettiva più generale, un intervento normativo volto a ridurre i tempi e i costi della ristrutturazione così come propone la Direttiva 2019/2023 al considerando (15).