

Andrea Zoppini

Le società *in house*: un diverso modo di realizzare la direzione e il coordinamento tra imprese?

Sommario: 1. La società *in house* nel contesto del diritto societario. – 2. Controllo analogo e diritto societario. – 3. La veste giuridica della società *in house* alla luce della recente pronuncia delle Sezioni Unite. – 4. Società *in house* e responsabilità da direzione e coordinamento.

1. La società in house nel contesto del diritto societario.

Il modello gestorio dell'affidamento *in house*– recepito nel nostro ordinamento - è frutto dell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria, che, nella nota sentenza Teckal¹, ne ha individuato gli elementi caratterizzanti, nella sussistenza di un rapporto di controllo analogo tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto affidatario e nella destinazione prevalente dell'attività di quest'ultimo a favore dell'ente controllante. Il problema dell'applicabilità, alle imprese *in house providing*, delle norme societarie in materia di direzione e coordinamento e del relativo regime di responsabilità è, da tempo, al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

I riferimenti codicistici in tema di società pubbliche sono piuttosto scarni. Oltre all'art. 2449 c. c., che riconosce allo Stato o agli enti pubblici che detengano partecipazioni in società, la facoltà di nominare o revocare uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, l'art. 2451 c. c. subordina le “società di interesse nazionale” alla disciplina in materia di società per azioni solo “compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti”.

La disciplina del codice civile è stata ulteriormente ridimensionata da una serie di interventi attivati a livello comunitario. Dapprima, l'avvio di una procedura d'infrazione della Commissione europea per violazione dei principi della libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali connessa alla previsione, ora abrogata, ex art. 2450 c. c., in

¹ Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98.

favore dello Stato o degli enti pubblici, di nominare uno o più amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza di una società per azioni anche in mancanza di una partecipazione azionaria. In secondo luogo, i giudici europei hanno imposto un'interpretazione restrittiva dell'art. 2449 c. c., statuendo che l'accennato potere di controllo, se sproporzionato rispetto alla partecipazione effettiva al capitale, striderebbe con il principio di libera circolazione dei capitali².

La tendenza da parte dei giudici comunitari a valutare con sospetto le deroghe al diritto societario a favore delle parti pubbliche³ può essere letta congiuntamente all'orientamento del legislatore nazionale che, anche a margine del processo di riforma del diritto societario, ha inteso sottoporre, in via di principio, le società pubbliche alla medesima disciplina previste per le società private. Ciò si inserisce in linea con il passo n. 998 della Relazione al Codice civile dove si afferma che è l'ente pubblico ad assoggettarsi alla legge delle società per azioni onde assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme. Alla luce di ciò, per poter apprezzare la compatibilità tra diritto societario comune e società *in house*, giova rilevare che la riforma del 2003 si innerva in un maggior riconoscimento dell'autonomia privata delle parti, a discapito della tassatività delle norme regolatrici delle società. Questo aspetto sembrerebbe far convivere nell'alveo del diritto societario comune il modello speciale proprio delle società *in house*⁴. Infatti, non è possibile riscontrare alcuna anomalia nell'oggetto sociale in quanto le società pubbliche svolgono "servizi pubblici locali di rilevanza economica" e, quindi, un'attività ricadente nei requisiti ex art. 2247 c. c. Né, tantomeno, si registrano distorsioni nella causa societaria. Sul punto, da parte di autorevole dottrina è stato sottolineato che la presenza di soci pubblici nel capitale sociale non osti alla configurazione di una finalità lucrativa, salvo in caso in cui vi

²Corte giust. CE, sez. I, 6 dicembre 2007, in C-463/04 e 464/04. Attente riletture della statuizione pretoria provengono da F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, 668 ss.; nonché da F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro quello che luccica*, in *Giust. amm.*, 2007, 1225 ss.

³ Sul punto si rimanda a Corte di giustizia, 23 ottobre 2007, in C-112/05, ove la Corte ha disconosciuto la legittimità di una previsione che conferisca all'azionista pubblico poteri speciali in tema di organi gestori e di sorveglianza poiché genererebbe un disincentivo all'investimento da parte di azionisti di altri Stati e, pertanto, contrastante con il principio della libera circolazione dei capitali.

⁴ In generale v. P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 703 ss.; sul tema S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 216 ss.; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, 360 ss.

siano norme espressamente derogatorie sul punto⁵. Resta da vedere se le società in questione si distacchino dalla disciplina comune sotto il profilo organizzativo. *Prima facie*, la risposta sarebbe negativa. D'altronde anche la previsione di una limitazione dell'oggetto sociale allo svolgimento della parte più importante della propria attività con gli enti pubblici controllanti non costituisce un allontanamento dalle regole comuni. Tale espressa previsione si inserisce nell'esercizio di autonomia negoziale delle parti che danno vita alla società. Ciò posto, le società *in house* risulterebbero assoggettabili al diritto commerciale comune dovendo, pertanto, esercitare, con criteri economici e finalità lucrative, i servizi pubblici affidati⁶.

2. Controllo analogo e diritto societario.

La formula della società *in house* non descrive un modello alieno dalle tipologie societarie ammesse dal codice civile, bensì indica la particolare fattispecie in cui si rendono necessari adattamenti negoziali della *governance* societaria riguardanti il controllo che l'ente locale possa esercitare.

Al fine di ricostruire le relazioni organizzative delle imprese *in house*, risulta essenziale analizzare la declinazione di controllo analogo, alla luce della giurisprudenza comunitaria e della copiosa (a tratti, alluvionale) giurisprudenza nazionale.

A partire dalla citata sentenza Teckal, la Corte di Giustizia è intervenuta ripetutamente sul tema, definendo il rapporto tra ente controllante e società affidataria in termini di subordinazione gerarchica. Il socio pubblico sarebbe titolare di un controllo gestionale e finanziario espressione di un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione del soggetto partecipato⁷.

⁵C. IBBA, *La società a partecipazione locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 22 ss.

⁶G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. soc.*, 1998, 405 ss.

⁷Cfr. Corte giust. CE, 18 novembre 1999, cit.; Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, C-94/99; Corte giust. CE, 14 novembre 2002, C-310/01; Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03 con nota di I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello dell'inhouse providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 780 ss.; Secondo la Commissione europea, nota 26 giugno 2002, trattasi di "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo". Vedi anche ricognizione pretoria in R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012, 290 ss.

Tale particolare rigore ermeneutico ha trovato eco in un filone giurisprudenziale nazionale⁸. Discostandosi, in parte, da questa ricostruzione, un altro orientamento giurisprudenziale tende a configurare il controllo analogo attraverso la necessità di predisporre “uno strumento di carattere sociale ovvero anche parasociale, ma diverso dai normali poteri che il socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante”, qualificandola come “una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo”, in modo tale da determinare “una sorta di amministrazione indiretta, nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria, la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo”⁹. Prospetticamente, quindi, parrebbe configurarsi sull'amministrazione affidante la facoltà di adottare atti di dominio gestionale, rappresentati da direttive cogenti (quali la pianificazione finanziaria della società controllata e la definizione delle strategie di mercato) tali da sacrificare l'ordinaria autonomia gestionale degli organi di amministrazione, riconosciuta agli stessi dalla legge¹⁰.

Alla luce di tali considerazioni, appare evidente come la configurazione del controllo analogo comporti il necessario ricorso a strumenti di carattere societario, parasociale o contrattuale, non riconducibili agli ordinari poteri attribuiti dalla legge al socio, anche totalitario¹¹. Neppure quest'ultimo, infatti, mediante l'esercizio delle proprie prerogative in assemblea, è in grado di vincolare gli amministratori, i quali conservano una sfera di autonomia che né il potere di nomina né il potere di revoca risultano idonei a comprimere¹². In definitiva, si tratta di innestare, sulla *governance* societaria, un sistema che abiliti l'ente pubblico affidante ad un controllo più penetrante rispetto alla normale dinamica di funzionamento delle società di capitali.

⁸Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 9 gennaio 2007, n. 72; T.A.R. Sardegna, 21 dicembre 2007, n. 2407; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729.

⁹Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345; T.A.R. Lombardia, Brescia, 6 marzo 2006, n. 213; T.A.R. Lombardia, Brescia, 16 marzo 2006, n. 301; T.A.R. Puglia, Bari, 8 febbraio 2007, n. 362; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 dicembre 2006, n. 2920; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986; T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784.

¹⁰S. MONZANI, *Controllo analogo e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, cit., 138.

¹¹Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007, n. 6736; Cons. St., sez. VI, 1 giugno 2007, n. 2932; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5.

¹²F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 66.

Tuttavia, come autorevole dottrina¹³ ha avuto modo di evidenziare, non è possibile rinvenire nel nostro ordinamento (né in quello comunitario) norme che autorizzino il superamento della disciplina codicistica in materia di società; né tantomeno norme che conferiscano al socio pubblico un potere di gestione tale da derogare al diritto comune. Un pregnante sistema di controllo e gestione di matrice pubblicistica può, però, essere veicolato da espresse previsioni statutarie oppure mediante la stipulazione di contratti di servizio e di convenzioni¹⁴.

3. *La veste giuridica della società in house alla luce della recente pronuncia delle Sezioni Unite.*

La Corte di Cassazione, mediante una pronuncia epocale, disconosce autonoma personalità giuridica alla società *in house* attraverso un'interpretazione estrema del controllo analogo. Muovendo dal presupposto che la posizione degli amministratori della società affidataria configuri una vera e propria subordinazione rispetto all'ente pubblico partecipante, ne deriverebbe un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale e motivato dissenso, con il "totale assoggettamento al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale"¹⁵. Il Collegio arriva a statuire che "il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva". Ciò ha condotto ad una ibridazione ordinamentale delle società in esame ed alla loro riqualificazione in mera articolazione interna della P.A., impedendo l'instaurazione di un rapporto intersoggettivo. Se ciò apre la strada un vero e proprio rapporto di servizio, conseguentemente, la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si porrebbe in termini di separazione patrimoniale ma non di distinta titolarità¹⁶.

La soluzione suggerita appare alquanto ardita in assenza di norme che espressamente qualificano le società in enti pubblici. Difatti, la stessa Corte di Cassazione¹⁷, in un recente arresto, richiamando l'art. 4 della l. 70/1975, che prevedeva che un nuovo

¹³C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 13 ss.; Sul punto, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *RDS*, 2011, 211 ss.; e M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 2 ss.

¹⁴C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, cit., 217.

¹⁵Cfr. Cass. Civ. Sez. Un., sentenza 25 novembre 2013, n. 26283.

¹⁶F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014, 55 ss.

¹⁷Cass. Civ., 27 settembre 2013, n. 22209.

ente pubblico non potesse essere costituito se non per legge, ha affermato che una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale. La medesima Corte, in una sentenza del 2012, aveva fissato che le società a partecipazione pubblica, nelle forme del codice civile, ed aventi ad oggetto un'attività commerciale, acquistano la qualità di imprenditore commerciale sin dalla loro costituzione. Pertanto, il controllo totale di una pubblica amministrazione su una società di capitali partecipata, non genera un tipo di diritto speciale sulla base di un presupposto "principio di neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, né ad una sua connotazione pubblicistica"¹⁸. Si rimane, quindi, di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto o alcuni dei soggetti che vi partecipano. La riqualificazione di una società di capitali in ente sostanzialmente pubblico, affermata da un diritto pretorio, è un'operazione ermeneutica illegittima alla luce del citato art. 4 della l. 70/1975.

Per le stesse ragioni, e contrariamente a quanto divisato dalla stessa Corte, non è ipotizzabile considerare la società *in house* quale patrimonio separato, sprovvisto di personalità giuridica ed alterità soggettiva.

Il Supremo Consesso, inoltre, dal ritenere sussistere una mera situazione separativa tra il patrimonio dell'ente e quello della società, asserisce che il danno eventualmente inferto al patrimonio da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi "un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità"¹⁹.

Facendo seguito a quanto sin qui sostenuto, riguardo l'applicazione delle norme di diritto comune alle società *in house*, in dissenso con il pronunciamento in esame, appare, invece, condivisibile un'altra soluzione giurisprudenziale. La Corte di Cassazione, con

¹⁸Cfr. Cons. St., 2 marzo 2001, n. 1206; Cons. St., 17 settembre 2002, n. 4711; Cons. St., 5 marzo 2002, n. 1303.

¹⁹La Suprema aveva già manifestato tale orientamento in diverse pronunce: Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2003, n. 19667; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2004, n. 3899. In senso contrario si era, invece, espressa in Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, affermando la giurisdizione del giudice ordinario in materia di responsabilità degli organi sociali delle società *in house*. Per una ricostruzione in dottrina, v. S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, cit., 277 ss.; O. CAGNASSO, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, secondo una recente e innovativa sentenza della Cassazione*, in *NDS*, 2010, 36 ss.

sentenza n. 26806 del 19 dicembre 2009, ha previsto che “l’esclusione dell’ipotizzata giurisdizione del giudice contabile per l’azione di risarcimento danni cagionati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico neppure provoca, a ben vedere, il rischio di una lacuna dell’interesse pubblico coinvolto nella descritta situazione. La Suprema Corte ha infatti puntualizzato che “l’azione del procuratore contabile appare configurabile nei confronti (non già dell’amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) di chi, quale rappresentante dell’ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione”.

Il socio pubblico, quindi, è legittimato ad esercitare le azioni di responsabilità civilistiche, e, in caso di omissione, è perseguibile dinanzi alla magistratura contabile.

Giova precisare che la responsabilità amministrativa ha contenuti e presupposti che limitano l’effetto riparatorio (poiché è attivabile solo in caso di dolo o colpa grave, è tendenzialmente parziaria e intrasmissibile *mortis causa*, nonché quantificabile in misura inferiore rispetto all’ammontare del danno). Reputarla ammissibile nei riguardi degli amministratori avrebbe solo l’effetto di sacrificare le finalità di riequilibrio patrimoniale proprie della responsabilità civilistica²⁰.

4. Società in house e responsabilità da direzione e coordinamento.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, preme evidenziare la necessità di rinvenire nell’ordinamento vigente quelle norme che consentano di definire il rapporto tra ente pubblico e società affidataria, al fine di verificare se esso sia compatibile con la disciplina di diritto comune ovvero, al contrario, configuri una nuova forma di direzione e coordinamento. In particolare, la questione attiene all’applicabilità, alle società *in house*, delle norme in materia di gruppi di società di cui agli artt. 2497 ss. c.c., con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di responsabilità dell’ente controllante.

Il quadro risulta ulteriormente problematizzato dalla recente introduzione dell’art. 19, sesto comma, d.l. n.78/2009, convertito in legge 3 agosto 2009 n.102²¹, con il quale il

²⁰C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, cit., 13 ss.

²¹ L’art. 19, sesto comma, d.l. n.78/2009, convertito in legge 3 agosto 2009 n.102, recita: “L’articolo 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria”.

legislatore, con una norma di interpretazione autentica, ha espressamente escluso lo Stato dal novero degli enti sottoposti alla responsabilità *ex art. 2497 c.c.*

La questione, pertanto, involge e l'esatta interpretazione della norma appena richiamata, ed in particolare la sua riconduzione a qualsiasi ente pubblico, alla corretta definizione del contenuto del controllo analogo, al fine di verificare la sua idoneità ad integrare gli estremi di un'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.

Passando ad analizzare il primo interrogativo, occorre precisare come l'esclusione del soggetto statale, operata dall'art.19 citato, sembrerebbe, ad una prima analisi del dato letterale, motivato dalla presunta inidoneità dello stesso allo svolgimento di attività imprenditoriale ovvero al perseguimento di finalità di natura economica e finanziaria.

Tuttavia, l'orientamento prevalente nella dottrina commercialista²² si colloca su posizioni diametralmente opposte, sostenendo la erroneità di una ricostruzione aprioristica del carattere non imprenditoriale dell'attività svolta dalle società partecipate dallo Stato, che prescinda da una verifica concreta, da effettuarsi caso per caso.

D'altronde, volendo ragionare diversamente, oltre ad esporsi al rischio di un giudizio di incostituzionalità, si finirebbe con il rilevare la profonda irragionevolezza e contraddittorietà del legislatore, il quale, in un primo momento, avrebbe esteso ai soggetti pubblici l'applicabilità della disciplina in materia di direzione e coordinamento, postulando la configurabilità del perseguimento di finalità economiche e finanziarie, per negarne successivamente la natura imprenditoriale, mediante l'esonero di quegli stessi soggetti pubblici dal regime di responsabilità²³.

Appare condivisibile, al contrario, quella diversa impostazione²⁴ che ritiene compatibile il perseguimento di interessi pubblici mediante la partecipazione dello Stato in attività imprenditoriali e l'utilizzo degli strumenti organizzativi di diritto societario.

²²A. ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1997, 62-68; G. OPPO, *Diritto privato ed interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 36; C. F. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 1005 ss.; M. T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 580 ss.

²³ Sul punto, F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *RDS* 2012, 643 ss.

²⁴G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1976, 771 ss.; G. FERRI, *Il programma di sviluppo economico per il quinquennio 1965-1969 nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, 199; F. FIMMANÒ, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009, 925; R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per*

L'esenzione dello Stato dalla responsabilità da direzione e coordinamento, pertanto, lungi dal costituire un privilegio, come pure autorevole dottrina²⁵ ha sostenuto, costituirebbe espressione della prevalenza dell'interesse dell'investitore pubblico, che dispone di risorse pubbliche e del cui oculato utilizzo è responsabile, rispetto a quello del privato. Ciò comporterebbe l'emersione della responsabilità amministrativo-contabile dei funzionari pubblici per *mala gestio*, la cui efficacia repressiva, secondo tale lettura, risulterebbe più adeguata a reprimere gli abusi e sarebbe idonea ad assorbire anche gli interessi di soci e creditori²⁶.

È necessario, a questo punto, verificare se l'art. 19 richiamato si riferisca anche alle società *in house* oppure se nei loro confronti l'esenzione da responsabilità ex art. 2497 c.c. non operi.

Un primo argomento a sostegno della tesi restrittiva si ricaverebbe dal dato letterale, dal momento che la disposizione in esame fa espressa menzione dello Stato, omettendo qualsiasi riferimento agli altri soggetti pubblici.

Per avallare una simile conclusione, tuttavia, è necessario accertare la sussistenza, in capo alle società *in house*, del presupposto dell'esercizio di "attività imprenditoriale" ovvero della "finalità di natura economica o finanziaria", di cui all'art. 19.

Come puntualizzato in precedenza²⁷, da un lato, il perseguimento di interessi pubblici non risulta incompatibile con l'esercizio di attività d'impresa, dall'altro, l'utilizzo degli strumenti di diritto societario può essere indirizzato verso scopi ulteriori rispetto a quello lucrativo.

Tanto premesso, occorre, innanzitutto, precisare come sia stato sostenuto in dottrina²⁸ che la finalità di autoproduzione, tipica degli affidamenti *in house*, sia idonea ad

azioni, in *Giur. comm.*, 1998, I, 799; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 3.

²⁵R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, cit., 799; M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in G. E. Colombo e G. B. Portale, (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, VIII, 107.

²⁶Sul punto, F. VESSIA, *Società in house providing miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 643 ss.

²⁷V. *supra*.

²⁸M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2010, 32.

integrare il requisito indicato dall'art. 19, tanto da consentire la assoggettabilità delle società in esame alle procedure di fallimento ed amministrazione straordinaria²⁹.

Sulla scorta di tali considerazioni, potrebbe allora reputarsi perfettamente integrato anche l'ulteriore presupposto per l'insorgere della responsabilità da direzione e coordinamento, previsto dall'art. 2497 c.c., consistente nella "violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale". La scelta dello schema societario da parte dell'ente, infatti, è determinato dalla necessità di rendere più efficiente l'amministrazione del patrimonio pubblico, e tale ottimizzazione delle risorse non può che essere perseguita mediante l'adozione di quelle regole di corretta gestione cui l'art. 2497 c.c. si riferisce³⁰.

Sembrerebbe, a questo punto, doversi propendere per l'estensione della disciplina dei gruppi alle società *in house*, considerando che il controllo analogo, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza comunitaria e, da ultimo, dalla Suprema Corte di Cassazione, integra tutti gli estremi dell'attività di direzione e coordinamento, estrinsecandosi in un potere certamente più penetrante rispetto a quello tipico del controllo societario di cui all'art. 2359 c.c.³¹.

Conseguentemente, l'ente pubblico potrebbe essere chiamato a rispondere del nocumento arrecato al patrimonio della società controllata, mediante il compimento di atti di *mala gestio*. Gli amministratori dell'ente controllante, potranno essere soggetti ad azione di responsabilità per abuso di direzione unitaria e, in assenza di vantaggi compensativi che eliminino il pregiudizio arrecato al patrimonio della controllata, saranno chiamati a risponderne, eventualmente in solido con gli amministratori della società *in house*³².

L'ente controllante, invece, subisce un pregiudizio soltanto in via mediata, in termini di perdita del valore della partecipazione o di riduzione della redditività dell'impresa.

²⁹F. FIMMANÒ, *Il risanamento della grande impresa pubblica mediante l'amministrazione straordinaria. Il caso A.C.M.S.*, in ID. (a cura di), *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, 687 ss.; F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, *ivi*, 388 ss.; L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 619 ss.

³⁰Cfr. F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 652.

³¹C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 7; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello dell'inhouse providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 793 ss.; A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Soc.*, 2008, 557 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 930. In senso contrario, R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 204 ss., il quale identifica il controllo analogo con il controllo societario ex art. 2359 c.c.

³²A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, cit., 560.

Il danno erariale al patrimonio del socio pubblico non sarebbe, dunque, idoneo ad assorbire il danno da direzione e coordinamento, il quale si riverbera anche su soggetti terzi rispetto all'ente pubblico, in particolare i creditori sociali. Occorre considerare, infatti, come un simile pregiudizio –originato da violazioni delle norme di corretta gestione societaria e imprenditoriale e di tutela dell'integrità patrimoniale - il più delle volte è determinato proprio da prevaricazioni degli interessi pubblici o politici su quelli dei creditori e del mercato in generale³³.

Risulterebbe, pertanto, irragionevole privare di idonei strumenti di tutela proprio la categoria dei creditori sociali, alla cui protezione è indirizzata l'intera disciplina di diritto societario. Come si è già avuto modo di precisare, dovrebbe, allora, accogliersi quell'orientamento che ammette la giurisdizione del giudice contabile unicamente nelle ipotesi di danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico, per violazione dell'art. 2395 c.c. o per c.d. danno all'immagine o, ancora, per inerzia nell'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del socio controllante³⁴.

Alla luce di siffatte argomentazioni, accertata la compatibilità del modello *in house* con la disciplina dei gruppi di società, e, conseguentemente, la sua completa applicabilità alle società in esame³⁵, quali società di diritto comune, si ritiene di dover respingere la prospettazione di una strutturazione atipica dei rapporti di direzione e coordinamento tra società affidataria e socio pubblico.

³³F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 643 ss.

³⁴ Cfr. C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 150 ss. In tal senso, si è espressa in diverse occasioni anche Corte di Cassazione: Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2010, n. 519.

³⁵F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 643 ss. Criticamente, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1177 ss., il quale espressamente esclude l'applicabilità della disciplina dei gruppi di società alle società pubbliche e, in particolare, alle società *in house*, qualificandole come società pubbliche, ed, in quanto tali, inidonee ad integrare il requisito della imprenditorialità.