

RASSEGNA di **GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA 2024**

per le prove di **magistrato, avvocato**
e dei **concorsi superiori**

I EDIZIONE
2024

2.

Società *in house*, controllo analogo e giurisdizione contabile (Cass., Sez. Un., 8 gennaio 2024, n. 567)

a cura di Antonino Ripepi

1. L'inquadramento.

Il controllo analogo, come noto, è uno degli elementi costitutivi della nozione di società *in house*, ai sensi dell'art. 16 D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

L'art. 12, par. 1, della direttiva 24/2014/UE, cui ora rinvia l'art. 3, lett. e), dell'Allegato al nuovo Codice, dispone che il *controllo* analogo sussiste qualora l'Amministrazione "**eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata**"; con la precisazione che "*tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'Amministrazione aggiudicatrice*". Non si innova rispetto alla disciplina previgente, se non nella tecnica normativa.

La riportata formulazione europea è infatti identica a quella contenuta all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui per l'appunto il requisito del controllo analogo presuppone che l'Amministrazione aggiudicatrice "**eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata**".

Recependo il modello delineato dalla Corte di Giustizia, il legislatore adotta, quindi, una **declinazione "sostanzialista"** della nozione di controllo analogo, richiedendo, ai fini della concreta configurabilità del requisito, che l'Amministrazione aggiudicatrice sia in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo di carattere sostanziale, tale da assicurarle il potere di etero-dirigere le più importanti vicende societarie dell'ente controllato.

Al fine di rafforzare la posizione del soggetto pubblico nella compagine societaria, onde assicurare piena effettività al requisito del controllo analogo, l'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 175 del 2016, attribuisce agli **statuti delle società *in house*** la facoltà di derogare ad alcune disposizioni del Codice civile. In particolare:

- gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-*bis* c.c. (Amministrazione della società nel sistema monistico tradizionale) e dell'art. 2409-*novies* c.c. (Amministrazione della società nel sistema dualistico);
- gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c.;
- in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali, anche aventi durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-*bis*, comma 1, c.c.

2. La questione controversa.

Al centro di un contrasto interpretativo è l'**esatta perimetrazione del concetto di "controllo analogo"**, registrandosi, sul punto, due tesi contrapposte.

■ 2.1. La tesi della subordinazione gerarchica: la società *in house* quale *longa manus* dell'ente pubblico.

Un primo indirizzo, più risalente, ritiene che il rapporto di controllo analogo sia perfezionato

allorquando tra Amministrazione aggiudicatrice e società aggiudicataria sussista un rapporto equivalente, agli effetti pratici, ad una relazione di **subordinazione gerarchica**; tale situazione si verifica quando sussiste un **controllo gestionale e finanziario stringente** dell'ente pubblico sull'ente societario (*Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168*). La società *in house*, in altri termini, affinché possa dirsi sussistente il requisito del controllo analogo, deve agire quale **longa manus** dell'ente pubblico, elemento che può essere accertato unicamente esaminando lo statuto della società medesima (*TAR Campania, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784*).

■ 2.2. La tesi della influenza determinante sulle linee strategiche e sulle decisioni fondamentali della società.

Un orientamento più recente, invece, ha ritenuto che il controllo analogo non possa coincidere perfettamente con il controllo esercitato dall'ente pubblico sui propri organi ed uffici interni, a favore di una sua identificazione nella fattispecie di **influenza determinante sulle linee strategiche e sulle decisioni fondamentali della società**, a condizione che questa influenza determinante risponda a modalità ed effetti diversi, e più intensi di quelli che potrebbero spettare ai soci di comando (anche totalitari) secondo i modelli codicistici di *governance*. Infatti, già sul piano lessicale, 'analogo' non è sinonimo di 'identico' (*Cass., Sez. Un., 20 febbraio 2020, n. 4316*).

3. Interviene Cass., Sez. Un., 8 gennaio 2024, n. 567.

La recente pronuncia di *Cass., Sez. Un., 8 gennaio 2024, n. 567*, costituisce un arresto di fondamentale importanza nel contesto del ripercorso dibattito, **aderendo al secondo degli orientamenti esposti**.

La necessità della esatta perimetrazione della nozione di controllo analogo, infatti, deriva da esigenze di corretta individuazione del **riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e contabile**.

Secondo giurisprudenza ormai consolidata, sussiste la giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici solo se questa abbia i requisiti per potere essere definita come società *in house* (*Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22409*).

La Corte regolatrice della giurisdizione, a tal fine, muove dalla ricostruzione del dato normativo. Il D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, definisce *in house* le società sulle quali un'amministrazione esercita il **controllo analogo** o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene in certe forme, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente (art. 2, comma 1, lettera o); art. 16, commi 1 e 3).

L'art. 2, comma 1, lettera c) del citato Testo Unico identifica il controllo analogo con la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo, appunto, **"analogo" a quello esercitato sui propri servizi**, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata.

Nel caso di specie, la Suprema Corte riconosce la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del controllo analogo sulla società Sanitaservice da parte dell'ASL di Foggia. Infatti, esaminando statuto e atto di costitutivo di tale ente, emerge che non solo l'ASL di Foggia ne è **l'unico socio**, ma può anche essere **l'unico legittimo detentore delle quote**, unitamente alle altre Amministrazioni di cui all'art. 1 D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Inoltre, le attività facenti parte dell'oggetto sociale, afferenti alla fornitura di servizi socio-sanitari, devono essere svolte **in favore della stessa azienda sanitaria** ed entro l'ambito di competenza territoriale di quest'ultima.

Infatti, come evidenziato dalla Suprema Corte in un passaggio dalla fondamentale rilevanza

nell'economia della motivazione, il requisito del controllo analogo non può essere **irrigidito** sino a declassare la società di capitali a mera **articolazione interna dell'ente pubblico**, del tutto priva di autonomia e sottoposta all'identico potere gerarchico esercitato dall'amministrazione sugli uffici dipendenti. Ciò sarebbe in irrimediabile contrasto con l'**autonomia patrimoniale**, derivante dalla **personalità giuridica** che il codice civile riconosce alla società di capitali.

Il controllo analogo, dunque, non è un controllo assoluto come quello che può essere esercitato su un pubblico ufficio né un controllo gerarchico, trattandosi del controllo di un soggetto **esterno e distinto** da quello controllato.

Tuttavia, per trovare un punto di equilibrio, è altresì necessario che tale controllo non si esaurisca in quello ordinario, ma sia capace di impingere nelle **linee strategiche e nelle scelte operative fondamentali della società**.

Nel caso di specie, lo statuto prevedeva espressamente l'ingerenza della ASL nella **pianificazione, programmazione e controllo dell'attività aziendale**, con l'individuazione di regole gestionali e operative.

Pertanto, risulta sussistente il requisito del controllo analogo, con la conseguenza di dover qualificare la Sanitaservice quale società *in house* e il corollario della affermazione della **giurisdizione della Corte dei conti**.

4. La sentenza

[...]

3. Passando all'esame del motivo di ricorso come sopra compendiato, esso è fondato.

4. I requisiti della società *in house* (indicati nella sentenza della Corte di giustizia 18 novembre 1999, C-107/1998, Teckal) che fondano la giurisdizione contabile in ambito societario sono stati da tempo focalizzati dalla giurisprudenza di legittimità.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, infatti, sussiste la giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici solo se questa abbia i requisiti per potere essere definita come società *in house*: per tale dovendosi intendere quella dal cui quadro statutario, vigente all'epoca della condotta ritenuta dannosa, emerga che sia stata costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e rispetto alla quale solamente i medesimi enti siano soci, ove essa espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e sia assoggettata a forme di controllo della gestione analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici (Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22409).

Pertanto, una società di capitali partecipata da enti pubblici è configurabile come *in house*, e sussiste la giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti dei suoi organi di gestione e di controllo, allorché vi siano i seguenti requisiti: (a) il capitale sociale deve essere integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto deve vietare la cessione delle partecipazioni a soci privati; (b) la società deve esplicitare statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; (c) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici. Detti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie in vigore al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita.

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175 del 2016) ha sostanzialmente recepito l'approdo della Corte regolatrice: facendo salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house* (art. 12); definendo *in house* le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene in certe forme, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente (art. 2, comma 1, lettera o, e art. 16, commi 1 e 3); intendendo per controllo analogo la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata (art. 2, comma 1, lettera c).

5. Nel caso in esame il requisito della partecipazione totalitaria dell'ente pubblico è pacifico, non essendo controversa la circostanza che la ASL di Foggia è titolare dell'intero capitale sociale della Sanitaservice, e che