



REPUBBLICA ITALIANA

LA

CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO

PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Angelo Ferraro	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Primo Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario (relatore)
dott. Alessandra Olessina	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario

nell' adunanza del 18 giugno 2009

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

vista la legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, commi 166 e seguenti;

vista la deliberazione n.1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del Sindaco del comune di Caronno Pertusella (VA).

Udito il relatore, dott. Gianluca Braghò.

FATTO

Con nota n. 13398 del 4 giugno 2009, il Sindaco del comune di Caronno Pertusella (VA) richiede un parere in ordine alla possibilità per l'ente di concedere un mutuo con ammortamento in 15 anni in favore di una propria società totalitariamente partecipata.

In caso di risposta affermativa, viene richiesto, altresì, quale sia il tasso d'interesse applicabile, nonché a quali ulteriori requisiti soggiaccia la relativa determinazione e quale oggetto possa avere il prestito.

AMMISSIBILITA'

Ai fini dell'ammissibilità della richiesta di parere il primo punto da esaminare è l'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 5 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito questa Sezione ha precisato in più occasioni, che la norma in esame, il cui contenuto risulta ancora poco approfondito sia dalla giurisprudenza contabile che dalla dottrina, consente alle amministrazioni regionali, provinciali e comunali, di rivolgere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti due diverse tipologie di richieste (delibera n. 9, in data 12 marzo 2007).

Da un lato, possono domandare l'intervento della magistratura contabile al fine di ottenere forme di "collaborazione", non specificate dalla legge, dirette ad assicurare la regolare gestione finanziaria dell'ente ovvero l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Dall'altro possono richiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

La funzione consultiva, che nei primi anni di applicazione della legge è stata la principale forma di collaborazione attivata dalle amministrazioni locali, non esaurisce quindi la possibilità di intervento delle Sezioni regionali della Corte dei conti, in seguito a specifiche richieste degli enti territoriali.

Anzi, in base alla formulazione della norma non sembrerebbe neppure essere la principale forma di collaborazione poiché nella prima parte del comma ottavo dell'art. 7 è chiaramente specificato che gli enti territoriali possono domandare alle Sezioni regionali della magistratura contabile "ulteriori forme di collaborazione", con l'unico limite della finalizzazione alla regolare gestione finanziaria dell'ente e dallo svolgimento della azione amministrativa secondo i parametri dell'efficienza e dell'efficacia.

L'intensificarsi dell'uso degli strumenti collaborativi innanzi indicati richiede ulteriori approfondimenti sulla natura e sull'ambito della funzione indirizzati al suo corretto esercizio.

In proposito va considerato che l'attribuzione della funzione consultiva alle Sezioni Regionali della Corte dei conti si situa nell'ambito dell'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale n. 3/2001 che ha radicalmente modificato il titolo V della Costituzione.

In conseguenza della equiordinazione degli enti territoriali allo Stato (art. 114), e della necessaria abrogazione di ogni forma di controllo amministrativo esterno sulle Regioni (art. 124), sulle Province e sui Comuni (art. 130), il legislatore ha inteso permettere agli enti territoriali di avvalersi della collaborazione della Corte dei conti, organo magistratuale che opera quale garante imparziale nell'interesse dello Stato comunità (Corte cost. 12 – 27 gennaio 1995, n. 29), e, dopo la riforma costituzionale, di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica (Corte cost. 11 ottobre – 9 novembre 2005, n. 417).

Le nuove attribuzioni conferite alla Corte dei conti appaiono così finalizzate ad individuare un organo neutrale che in materia di coordinamento della finanza pubblica interagisce tra i vari livelli di governo della Repubblica a tutela delle istanze e prerogative di ciascuno di essi in una materia quale quella della finanza pubblica che all'evidenza condiziona l'esercizio di tutte le funzioni pubbliche.

Contemporaneamente, le modalità di esercizio del controllo e le ulteriori attribuzioni intestate alla Corte di conti intendono esaltare la natura collaborativa della funzione, propedeutica allo svolgimento dell'attività degli enti territoriali secondo il principio di legalità e soprattutto di legalità finanziaria.

Al riguardo, questa Sezione ha più volte posto in luce che la nozione di legalità riferita alla attività della pubblica amministrazione si è andata approfondendo ed arricchendo, investendo l'esercizio del potere conferito all'amministrazione non solo al rispetto delle disposizioni normative ma anche alla sua rispondenza ai principi di buona amministrazione canonizzati nell'art. 97 della Costituzione. Anzi quest'ultimo aspetto del principio di legalità va assumendo sempre maggior rilievo, dal momento che la pubblica amministrazione, ed in particolar modo gli enti territoriali, assicurano ai cittadini servizi pubblici, il cui livello delimita le loro condizioni di vita. Ne consegue l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di legalità, come sopra inteso, sia preventivamente in sede del processo decisionale degli amministratori dell'ente sia in sede di verifica dell'attività attraverso i controlli interni ed il controllo esterno collaborativo.

La funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota così come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo sulle tematiche sulle quali la collaborazione viene esercitata scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che pertengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno.

Alla luce delle esposte considerazioni, va delimitato l'ambito di legittimazione soggettiva ed oggettiva degli enti ad attivare le forme di collaborazione.

Quanto all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, occorre premettere che la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, con documento approvato nell'adunanza del 27 aprile 2004, ha fissato principi e modalità di esercizio dell'attività consultiva, al fine di garantire l'uniformità di indirizzo in materia, limitando l'ammissibilità delle richieste, sul piano soggettivo, agli organi rappresentativi degli Enti (nel caso del comune, il Sindaco o, nel caso di atti di normazione, il Consiglio comunale). Inoltre si è ritenuto che la mancata costituzione del Consiglio delle Autonomie Locali non costituisca elemento ostativo all'ammissibilità della richiesta, poiché l'art. 7, comma ottavo, della legge n. 131/2003 usa la locuzione "di norma", non precludendo, quindi, in linea di principio, la richiesta diretta da parte degli enti.

In tal senso, questa Sezione, con deliberazione n. 1 in data 4 novembre 2004, ha già precisato che "non essendo ancora costituito in Lombardia il Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 7 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che modifica l'art. 123 della Costituzione, i Comuni possono, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale".

Limiti alla legittimazione oggettiva vanno invece stabiliti solo in negativo. In proposito va infatti posto in luce che la nozione di "contabilità pubblica" deve essere intesa nella ampia accezione che emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione della Corte dei conti ed investe così tutte le ipotesi di spendita di denaro pubblico oltre che tutte le materie di bilanci pubblici, di procedimenti di entrate e di spesa, di contrattualistica che tradizionalmente e pacificamente rientrano nella nozione. D'altro canto la norma in discussione non fissa alcun limite alle richieste di altre forme di collaborazione.

In negativo, senza peraltro voler esaurire la casistica, va posta in luce la inammissibilità di richieste interferenti con altre funzioni intestate alla Corte ed in particolare con l'attività giurisdizionale; richieste che si risolvono in scelte gestionali, come si è detto di esclusiva competenza degli amministratori degli enti; richieste che attengono a giudizi in corso; richieste che riguardano attività già svolte, dal momento che i pareri sono propedeutici all'esercizio dei poteri intestati agli amministratori e non possono essere utilizzati per asseverare o contestare provvedimenti già adottati.

L'oggetto del parere rientra nell'alveo della contabilità pubblica (secondo la delimitazione della materia indicata dalla delibera Corte conti, Sez. Auton. n. 5/AUT/2006), in quanto attiene ai riflessi che, dal punto di vista finanziario-contabile, un'operazione di mutuo concesso dal comune in favore di una propria società *in house* è in grado di produrre sul bilancio dell'ente.

Pertanto, la richiesta di parere è *in toto* ammissibile e può essere esaminata nel merito, analizzando, dapprima, la capacità negoziale dell'ente territoriale, poi, i rapporti finanziari fra la società partecipata e l'ente di riferimento ed, infine, i riflessi contabili dell'operazione di finanziamento prospettata.

MERITO

Inquadramento generale del contratto di mutuo e capacità giuridica della Pubblica Amministrazione.

La richiesta in esame è volta essenzialmente a ricevere indicazioni circa la correttezza, dal punto di vista normativo-contabile, di un'accensione di mutuo, costituito dal comune, quale parte mutuante nell'interesse di una propria società totalmente partecipata, con piano d'ammortamento e ratei d'interesse.

Per effetto del contratto in sostanza, la somma concessa a mutuo verrebbe corrisposta dal comune direttamente alla società, per finalità e scopi che devono essere determinati.

Com'è noto, il mutuo è un contratto tipico in cui paradigmaticamente si esprime la funzione creditizia. Ai sensi dell'art. 1813 c.c., il mutuo è il contratto con il quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire cose della stessa specie e qualità.

Il mutuo è un contratto reale che si incentra su due obbligazioni principali: la consegna del denaro in capo al soggetto mutuante e la restituzione del *tantundem* da parte del mutuatario.

Il mutuo è un accordo naturalmente oneroso nel senso che, salva diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante (art. 1815 c.c.). Gli interessi rappresentano il corrispettivo della prestazione del mutuante e sono un effetto naturale del tipo contrattuale.

Attesa la sua natura creditizia, il mutuo trova largo impiego nella prassi bancaria, pur non essendo un contratto bancario in senso proprio.

Non appare superfluo rimarcare che la legge disciplina l'esercizio dell'attività bancaria e la forma imprenditoriale dell'attività creditizia secondo regole settoriali che si applicano agli istituti di credito mutuantii ai sensi del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D. Lgs. n.385/1993 e successive integrazioni e modificazioni). Le norme dell'ordinamento settoriale non si applicano al comune, poiché l'ente locale non può esercitare la funzione creditizia in modo imprenditoriale e professionale, ma deve limitarsi a finanziare la propria società *in house*.

Uno sviluppo del tipo negoziale sotto il profilo dell'arricchimento dello schema causale del contratto, si ha con il c.d. mutuo di scopo, in cui il mutuatario si obbliga non solo a restituire il capitale e a pagare gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto.

Nel mutuo di scopo la funzione economico-sociale del contratto non si limita a perseguire la funzione creditizia, consentendo al sovvenuto di fruire della somma di denaro, ma ricomprende altresì la destinazione del prestito all'obiettivo stabilito per legge o per volontà delle parti.

Il vincolo di scopo è oggetto di una specifica obbligazione che rappresenta l'elemento causale distintivo del tipo negoziale e si manifesta in tutti quei casi in cui l'utilizzo della somma mutuata realizza anche gli interessi del mutuante.

Il mutuo di scopo è una tradizionale forma di credito incentivante che tende a promuovere il perseguimento degli obiettivi programmatici della pubblica amministrazione.

Anche un ente locale può essere soggetto mutuante, oltre che mutuatario. Infatti, in virtù della riconosciuta generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione (art. 1, comma *1bis*, della Legge 7 agosto 1990, n. 241), il perseguimento dell'interesse pubblico può essere attuato dall'ente anche mediante l'utilizzo di strumenti privatistici.

In particolare, al pari di ogni soggetto di diritto privato, la pubblica amministrazione gode dell'autonomia contrattuale ai sensi dell'art. 1322 c.c., intesa come possibilità di liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e di concludere, altresì, contratti atipici, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Tale capacità generale della pubblica amministrazione risulta, tuttavia, conformata da norme peculiari che la limitano e la regolano, in vista della tutela dell'interesse pubblico, al cui perseguimento, appunto, l'attività amministrativa deve essere diretta.

In ordine all'accensione di mutui, alcune norme pubblicistiche contengono una serie di deroghe alla disciplina civilistica dell'istituto, aventi come fine la tutela della pubblica amministrazione nel caso in cui la stessa sia nella posizione di soggetto mutuatario.

Con riguardo agli enti locali si fa riferimento sostanzialmente agli artt. 201-204 del T.U.E.L. che disciplinano i casi di finanziamento di opere pubbliche e le modalità di assunzione dei mutui con riguardo all'ammortamento e all'impatto sugli equilibri del bilancio e dell'indebitamento. Vanno del pari annoverate le disposizioni contenute nell'art. 3 della legge finanziaria n.350/2003, quanto all'individuazione delle operazioni d'indebitamento, nonché la disciplina vincolistica introdotta dall'art. 62 della legge finanziaria n.133/2008.

Si deve rimarcare inoltre che a salvaguardia degli equilibri di bilancio, ai sensi dell'art. 119 u.c. della Costituzione, gli enti territoriali locali possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese d'investimento.

L'inquadramento dei principi generali in tema di mutuo e di tutela dell'equilibrio finanziario dell'ente pubblico, permette di rispondere ai quesiti posti dal sindaco del Comune di Caronno Pertusella (VA).

Il caso di specie. Analisi dei rapporti finanziari tra società partecipata ed ente locale di riferimento.

Se dal un punto di vista dei principi generali, alla luce delle considerazioni sopra esposte, non può essere disconosciuta la possibilità per l'ente locale di utilizzare lo strumento del mutuo nell'ambito della propria attività amministrativa, parimenti, non può essere sottovalutata la necessità di vagliare l'opportunità della scelta, oltre che l'imprescindibile correttezza dell'operazione dal punto vista amministrativo-finanziario-contabile.

Al riguardo va ribadita, innanzitutto, la piena discrezionalità amministrativa dell'ente nel valutare la soluzione operativa migliore, dal punto di vista dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità per il perseguimento dell'interesse pubblico, nella realizzazione del finanziamento ad una propria società *in house*.

Nell'adozione della soluzione economicamente più vantaggiosa, l'ente dovrà contemperare gli interessi del comune e le esigenze operative della società che opera in regime di diritto civile nei confronti dei terzi e dei creditori. Si dovrà tenere conto anche del diverso regime fiscale applicabile alle varie opzioni di finanziamento potenzialmente percorribili.

In linea di principio i soci (o il socio unico) possono decidere di finanziare la società di riferimento con diverse modalità, facendo affluire nelle casse sociali una quota di liquidità, oppure rinunciando ad un credito vantato nei confronti della stessa.

Per finanziamento si intende la concessione di somme con obbligo di restituzione, con o senza corresponsione degli interessi. In tale nozione rientra pienamente il contratto di mutuo.

Per versamento, invece, s'intendono le somme trasferite dai soci alla società, senza che sorga a favore del sovventore alcun diritto alla restituzione. Con riguardo a tali trasferimenti può essere prevista o meno la corresponsione d'interessi.

A seconda della natura di finanziamento o di versamento, si hanno conseguenze diverse sia sotto il profilo civilistico che fiscale (l'art. 46 T.U.I.R.

prevede, ad esempio, la presunzione semplice di versamento a titolo di mutuo).

Non v'è dubbio che la normativa civilistica pone regole a tutela dell'integrità e dell'effettiva consistenza del capitale sociale. Qualora la società non sia dotata delle risorse necessarie per svolgere l'attività compendiate nell'oggetto sociale, è sempre doveroso aumentare il capitale mediante versamenti in valuta, piuttosto che prevedere finanziamenti dei soci, siano essi fruttiferi o infruttiferi.

Al fine di prevenire forme di sottocapitalizzazione, che conducono ad un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, l'art. 2467, I comma, c.c., applicabile ai sensi del rinvio previsto dall'art. 2497 *quinquies* c.c. ai finanziamenti effettuati in favore della società da chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, esplicita la regola della postergazione del credito del socio rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, nonché l'obbligo di restituzione, qualora il rimborso al socio sovventore sia avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento.

Inoltre, l'art. 2467, II comma, c.c. specifica che, ai fini dell'applicazione delle regole della postergazione e della restituzione forzata in caso di insolvenza, *"s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento"*.

Le operazioni di finanziamento dell'unico socio pubblico alla propria società partecipata devono essere prudentemente valutate, laddove vi sia rilevante squilibrio fra indebitamento e patrimonio netto, ovvero laddove la società pubblica si presenti sottocapitalizzata rispetto alle funzioni istituzionali affidatele.

Del pari, non sarebbe improntata a criteri di sana e corretta gestione finanziaria, l'accensione di un mutuo, in pendenza di altre forme di finanziamento gravanti sulla società a causa degli obblighi di restituzione delle somme ricevute.

Per quanto concerne l'analisi dell'operazione di mutuo dal lato dell'ente locale, si evidenzia che le norme a salvaguardia degli equilibri di bilancio, contenute nel T.U.E.L. e sopra richiamate, sono calibrate per la protezione della sana gestione finanziaria dell'ente pubblico che agisce in veste di parte mutuataria, non di parte mutuante. Tuttavia, la visione prospettica complessiva dell'operazione di finanziamento ad una propria società *in house*,

sulla quale il comune esercita il potere di controllo analogo, unitamente ad una stringente attività di direzione e coordinamento, suggerisce l'applicazione estensiva delle norme di salvaguardia e del principio sancito dall'art. 119, ultimo comma, della Costituzione, anche alla fattispecie in cui l'ente pubblico agisce quale soggetto sovventore di finanziamenti per la società partecipata.

La questione prospettata sconta una sostanziale novità giurisprudenziale, poiché investe un tema in cui si registrano sporadici contributi di approfondimento, ad eccezione del parere reso dalla Sezione di Controllo per il Veneto n.40/2009, in ordine ai criteri restrittivi per la gestione attiva della liquidità di tesoreria (c.d. *cash management*) in favore di una *holding* totalmente partecipata dal comune di Vicenza.

Il punto di partenza si rinviene nell'esercizio della discrezionalità amministrativa operante sulle modalità di allocazione delle limitate risorse pubbliche per finalità alternative. L'erogazione di un mutuo o di un finanziamento pubblico ad una società partecipata sottende una scelta programmatica dell'ente in ordine all'utilizzo delle risorse della collettività per la realizzazione di scopi pubblici, analiticamente individuati nella delibera di concessione. Del pari, la ponderata decisione di erogare il finanziamento presuppone la disponibilità di risorse nel bilancio dell'ente, mediante le quali vengono realizzati opere ed investimenti pubblici, con preferenza rispetto ad altre scelte percorribili.

La modalità di finanziamento può rivestire lo schema del mutuo, ma anche di altre forme di finanziamento riconosciute dal diritto civile. Il nominalismo dello strumento giuridico adottato per garantire alla società pubblica l'adeguatezza delle risorse nella resa dei servizi, non elide l'imprescindibile vincolo dell'interesse pubblico esplicitato nell'erogazione del finanziamento. Il trasferimento di risorse pubbliche obbliga le parti dell'accordo a vincolare il finanziamento per destinazioni di pubblico interesse, secondo schemi sostanzialmente assimilabili al mutuo di scopo.

I vincoli dei fondi messi a disposizione della società *in house* debbono trovare adeguata esplicitazione nella delibera di concessione, ovvero, alternativamente, nel contratto di mutuo stipulato fra comune e società partecipata. L'utilizzo dei trasferimenti dall'ente pubblico all'organo societario è regolato mediante direttive obbligatorie e specifiche che individuano l'oggetto, i tempi ed i modi di realizzazione degli obiettivi di pubblica utilità che si intendono raggiungere con la destinazione di tali risorse. Le direttive trovano naturale allocazione nella convenzione di finanziamento o nella delibera di concessione dei fondi.

Ne consegue che il finanziamento fra comune e società *in house* deve essere regolato da apposito documento, sia esso atto amministrativo tipico o schema convenzionale.

Inoltre, il predetto rapporto finanziario è regolato da inderogabili norme di legge tese a salvaguardare gli equilibri di bilancio dell'ente locale.

La prestazione di garanzie a favore di società partecipate, al pari della concessione di prestiti sotto forma di mutui, è regolata dai già citati artt. 201-207 T.U.E.L., recanti norme particolarmente rigorose tese a valorizzare il divieto di indebitamento per spese diverse dagli investimenti e l'obbligo di rispettare gli equilibri di bilancio. Il sacrificio finanziario per le risorse comunali trova la sua giustificazione nel miglioramento delle condizioni patrimoniali derivante da operazioni d'investimento comportanti vantaggi futuri per la comunità amministrata. Tali inderogabili principi trovano applicazione anche nella contrazione di mutui in favore delle società partecipate.

Occorre altresì rimarcare che lo specifico rapporto finanziario costituito a seguito della decisione di erogare il mutuo in favore della partecipata totalitaria, si innesta su pregressi rapporti giuridici che intercorrono fra ente locale e società pubblica.

E' noto che la società interamente partecipata dall'unico socio comunale è espressione organica dell'ente pubblico. Pur configurandosi sotto il profilo civilistico due soggetti giuridici distinti, alla luce della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia C.E. sent. *Teckal* del 18 novembre 1999 causa C-107/98, sent. 11 gennaio 2005 causa C-26/03 c.d. *Stadt Halle*, sent. 13 ottobre 2005 causa C-458/03 *Parking Brixen*, sent. 6 aprile 2006, causa C-410/06; sentenza 15 maggio 2006, causa C-340/04) e del Consiglio di Stato (Ad. Plen. 3 marzo 2008 n.1; Sezione VI del 23 settembre 2008 n.4630), fra ente locale e società *in house* si realizza un modello di organizzazione meramente interno, regolato da un rapporto di vera e propria delegazione interorganica, laddove concorrano le seguenti condizioni: l'amministrazione esercita sulla società pubblica un controllo analogo a quello esercitato sui propri organi ed uffici; il soggetto affidatario del servizio pubblico deve svolgere la preponderante porzione della propria attività in favore e nell'interesse dell'ente pubblico cui appartiene. In ragione del controllo analogo e del criterio della destinazione prevalente dell'attività, il soggetto *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione pubblica controllante, ma deve considerarsi quale strumento operativo proprio dell'ente (Corte dei conti, Sezione di Controllo per la Lombardia, deliberazione n.10/2008, relazione sulle società partecipate dalle province e dai comuni lombardi).

Più propriamente, la società affidataria di servizi pubblici locali, interamente partecipata dall'ente di appartenenza, non è che la *longa manus* della pubblica amministrazione locale, che realizza una diversa forma organizzativa della struttura pubblica e che si immedesima in essa. La struttura organizzativa societaria deve essere tale da consentire all'ente pubblico di esercitare la più intensa ingerenza e controllo sulla gestione e sull'andamento dell'attività, analogamente alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione gestisca direttamente la resa di un servizio. Peraltro, la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette nei rapporti con i terzi, né sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria stabilita dal codice civile.

In tale orizzonte prospettico, occorre superare il dogma della personalità giuridica intesa quale entità esterna all'ente di appartenenza, squarciandone il velo. Qualora un giurista dovesse contemplare con le lenti del diritto amministrativo e comunitario l'ente pubblico e la società *in house* da questo costituita, noterebbe sostanzialmente un solo soggetto che agisce per il perseguimento di finalità pubbliche.

La visione tendenzialmente unitaria della pubblica amministrazione locale, a prescindere dalla concreta forma organizzativa in cui si articolano i suoi plessi, sta trovando conferme normative nelle recenti leggi finanziarie, ad esempio, in tema di criteri di calcolo circa le spese di personale e in tema di sostegno degli oneri economici derivanti dai processi di reinternalizzazione di servizi pubblici in precedenza affidati a società partecipate (profili interpretativi scaturenti dal dato testuale dell'art. 76 del D.L. n.112/2008, convertito nella legge n.133/2008. Sul punto, la Sezione Controllo per la Lombardia si è ampiamente espressa con i pareri n.68/2008; 81/2008; 99/2008; 41/2009, 193/2009).

La legislazione finanziaria si avvia a disciplinare in modo sempre più compiuto i rapporti funzionali che intercorrono fra l'ente locale e le proprie società partecipate secondo modelli tipici del bilancio consolidato, con evidenti riflessi sul piano dei principi contabili che regolano la redazione dei bilanci pubblici e con lo scopo di impedire manovre elusive sui vincoli del Patto di Stabilità.

Il finanziamento della società *in house* da parte dell'ente proprietario rappresenta l'evidente sintomo del concreto operare di quel nesso funzionale fra organi della medesima amministrazione che è stato appena descritto.

L'unicità soggettiva, dunque, caratterizza i parametri giuridici dell'operazione di mutuo concesso dal comune in favore di una propria società partecipata: se vista dalla parte comunale, l'accensione di mutuo in favore di

un soggetto giuridico controllato potrebbe qualificarsi come contratto attivo, occorre tenere a mente l'operazione complessivamente considerata, che genera correlate passività sostenute dal patrimonio societario.

A tale riguardo è opportuno richiamare, ancora una volta, il combinato disposto degli artt. 2497-*quinquies* c.c. e 2467 c.c. in tema di rapporti finanziari nell'attività di direzione e controllo, operante in modo molto stringente in relazione alle società *in house*. Nel caso di erogazione di finanziamenti, l'ente locale assume tutti i rischi conseguenti, compreso quello della postergazione dei suoi crediti rispetto agli altri creditori sociali e della restituzione forzata del rimborso, se avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento.

Tuttavia, se è vero che il conformarsi ai principi di sana gestione finanziaria dell'ente pubblico suggerisce di evitare operazioni che possano nuocere agli equilibri di bilancio dell'ente locale, si deve sottolineare che, indipendentemente dalla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, il comune, unico socio che agisce con i poteri di controllo analogo e di stringente direzione e coordinamento della società *in house*, in caso di insolvenza societaria risponde dei debiti di quest'ultima, con conseguenti ripercussioni negative sull'assetto finanziario dell'ente pubblico.

In sintesi, accendendo un contratto di mutuo, il comune non si comporta in modo diverso dal caso in cui, esso stesso finanziasse direttamente le proprie attività.

Ne consegue che trovano espressa applicazione le regole ed i principi contabili stabiliti dagli artt.201-203 del T.U.E.L.

Di contro, proprio in ragione dell'operatività del meccanismo dell'*in house providing* non trovano applicazione le regole comunitarie a tutela del mercato concorrenziale e dell'evidenza pubblica negli affidamenti dei servizi.

Resta da verificare se alla fattispecie in esame, possa applicarsi il regime degli aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea. La predetta disciplina potrebbe impingere con la concessione di finanziamenti pubblici agevolati a favore di società partecipate, limitandone od escludendone la praticabilità.

Sulla questione, a prescindere dalla mancanza di ulteriori elementi conoscitivi derivanti dalla richiesta di parere, e salva un'approfondita analisi caso per caso, si ritiene, in coerenza con la prospettazione giuridica delineata in tema di *in house providing*, che la concessione di un mutuo, anche a tasso agevolato, ad una società pubblica interamente partecipata dal comune, non rientri aprioristicamente nella disciplina restrittiva degli aiuti di Stato, in quanto occorre verificare se il finanziamento realizzi in concreto un vantaggio

economico per la società pubblica beneficiaria, in misura selettiva rispetto ad altri soggetti operanti sul mercato, e se contemporaneamente determini effetti distorsivi sulla concorrenza e sugli scambi fra gli Stati membri.

Anche sotto tale aspetto non si può prescindere dal riconoscere che nel caso di specie opera pienamente il meccanismo dell'*in house providing*, con cui l'ente pubblico realizza il controllo analogo sulla gestione dell'attività sociale e mediante il quale il comune provvede a se stesso, attivando una modalità di autoproduzione dei servizi pubblici.

Come è stato più volte rimarcato, il soggetto affidatario del finanziamento pubblico deve svolgere la preponderante porzione della propria attività in favore e nell'interesse dell'ente pubblico cui appartiene (criterio quantitativo). Tale vocazione "introversa" dell'attività societaria limita fortemente i rischi di distorsione della concorrenza e conferma lo stare della società pubblica nel mercato, quale azienda di erogazione di beni e servizi pubblici rivolti principalmente alla comunità di amministrati.

Con la deliberazione n.10 del 23 gennaio 2008 e con i pareri n. 23 del 3 aprile del 2008 e n.48 del 25 giugno 2008, la Sezione ha esaustivamente delineato i principi ed i limiti derivanti dalla scelta organizzativa rimessa agli organi affidatari dell'amministrazione comunale di dare corso alla costituzione di società di capitali *in house* o al mantenimento di quote di partecipazione in strutture societarie di diritto civile, alla luce del quadro normativo europeo e nazionale di riferimento.

Pertanto, è sufficiente rimarcare che le iniziative economiche di tipo pubblicistico non devono impingere con la libera esplicazione del mercato concorrenziale rimesso all'iniziativa economica privata e, nel contempo, devono essere circoscritte ad effettive necessità istituzionali degli enti territoriali, strettamente connesse con la caratterizzazione degli enti locali quali enti a fini generali, ma ad ambito territoriale circoscritto alla comunità degli amministrati.

La possibilità di ricorrere allo strumento societario è per legge correlato ai fini dell'ente pubblico ed è inerente allo svolgimento di attività di competenza dell'ente medesimo, anche al fine di evitare che lo schema societario sia il veicolo per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica ed in materia di patto di stabilità interno, nonché strumento abusivo per evitare le procedure ad evidenza pubblica che presiedono all'attività contrattuale delle amministrazioni locali.

Conseguentemente, la scelta delle predette caratteristiche dell'intervento pubblico nell'economia locale, è elettivamente demandata all'organo consiliare che detiene i compiti di amministrazione e di

programmazione dell'attività dell'ente comunale e che deve effettuare le opportune verifiche di compatibilità e di inerenza alle finalità istituzionali ancor prima di decidere la costituzione di nuove società, ovvero la sorte delle partecipazioni pubbliche in società già esistenti ed operanti nel mercato.

Ciò premesso, è opportuno rimarcare che la legge finanziaria per il 2008 (art. 3 commi da 27 a 33 della legge 244/2007) ha posto una disciplina vincolistica di tipo formale e sostanziale in tema di costituzione di società e di partecipazioni pubbliche, nel senso che una volta accertata l'esistenza dei requisiti di legge ostativi alla costituzione di nuove società o al mantenimento di partecipazioni, le pubbliche amministrazioni devono cedere a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le società e le partecipazioni vietate entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008 (art.3 comma 29 legge 244/2007).

Giova richiamare il chiaro disposto del comma 27: *"al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato le amministrazioni di cui all'art.1, comma 2, del D. Lgs. 30 marzo 2001 n.165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi d'interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'art.1, comma 2, del D. Lgs. 30 marzo 2001 n.165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza"*.

La norma distingue marcatamente fra intervento pubblico consentito e partecipazioni vietate e dunque da dismettere entro i termini di cui al comma 29, demandando alla previsione del successivo comma 28 la formalizzazione della decisione mediante una delibera di autorizzazione rilasciata dall'organo competente, congruamente motivata in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti di cui al comma 27.

In sintesi, il legislatore ha previsto che gli enti pubblici annoverati all'art.1, comma 2 del D. Lgs. 165/2001 debbano, tramite i loro competenti organi amministrativi, compiere una ricognizione delle partecipazioni maggioritarie, minoritarie, dirette o indirette e delle società a qualunque titolo in mano pubblica, al fine di verificare i presupposti di costituzione e di mantenimento, ovvero le condizioni ostative descritte al comma 27.

Qualora il comune abbia positivamente valutato il mantenimento della propria società partecipata, poiché l'oggetto sociale rientra nei limiti imposti dalla citata legislazione finanziaria, si deve concludere che la concessione di finanziamento, ancorché a condizioni più vantaggiose rispetto alle contingenti

situazioni di mercato, non si struttura quale forma di aiuto, ma quale necessario sostegno economico affinché la società possa realizzare in concreto gli scopi istituzionali di pubblica utilità per i quali è stata costituita.

In altri termini, la concessione del finanziamento vincolato alla realizzazione di finalità pubbliche, appare necessario per la stessa utilità della società, la quale, in caso contrario, si troverebbe ad essere destinataria di pubbliche funzioni senza possedere le risorse necessarie per perseguirne gli obiettivi.

Qualora, invece, il finanziamento sia stato concesso in forma agevolata per alimentare attività di autoproduzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per aumentare la quota di mercato della società pubblica cagionando un vantaggio competitivo, l'operazione potrebbe configurare un aiuto di Stato ed essere soggetta ai vincoli e alle procedure imposte dalla legislazione comunitaria.

Il caso di specie. Aspetti contabili dell'operazione di finanziamento.

Nella parte generale in tema di inquadramento giuridico del mutuo si è sottolineato che lo schema negoziale del mutuo di scopo, quale specifico tipo contrattuale, realizza anche gli interessi del mutuante alla predeterminata destinazione delle risorse. Si è parimenti rimarcato che l'onerosità data dal tasso d'interesse sulle somme corrisposte in restituzione, corrisponde ad un effetto naturale del contratto di mutuo, a titolo di remunerazione della prestazione del soggetto mutuante.

Sotto il profilo contabile, occorre evidenziare che il mutuo concesso alla società deve rientrare negli scopi istituzionali tipici del soggetto *in house*, con vincolo di destinazione verso spese d'investimento e non può essere acceso per sanare le perdite derivanti dalla gestione corrente.

La concessione del mutuo deve pienamente rientrare nell'alveo dell'oggetto sociale della partecipata, concorrendo a dotare la società delle risorse economiche e finanziarie necessarie per il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse per le quali è stata costituita.

E' auspicabile che la possibilità di concedere un finanziamento sotto forma di mutuo sia prevista nel regolamento di contabilità dell'ente, che la determinazione a contrarre dia contezza analitica delle ragioni di convenienza economico-finanziaria dell'operazione, anche valutando comparativamente la

percorribilità di soluzioni alternative, nonché l'impatto del finanziamento sugli equilibri di bilancio.

L'atteggiarsi del comune quale parte mutuante del rapporto contrattuale, comporta che l'ente sia dotato di risorse autonome sufficienti per provvedere al finanziamento della propria società partecipata.

La determinazione a contrarre deve disciplinare non solo il contenuto del contratto, ma anche le forme di vigilanza sulla corretta esecuzione degli accordi e sul raggiungimento degli obiettivi connessi alla concessione del prestito.

Infine, dal punto di vista amministrativo-contabile, si ritiene che l'operazione di mutuo trovi piena evidenza nei bilanci, mediante la costituzione di apposito capitolo nella spesa e nelle entrate, tanto dell'ente quanto della società, in ossequio ai principi contabili che regolano le accensioni di prestiti e la gestione dei finanziamenti e che la corresponsione delle somme a titolo di mutuo, qualora l'ente non attinga a risorse proprie immediatamente disponibili, costituisca indebitamento incidente sui saldi di cassa e di competenza su cui è parametrato il rispetto degli obiettivi del Patto di Stabilità (Corte dei conti Sezione di Controllo Lombardia delibera n.10/2008, punto 2.2.4 della relazione sulle società partecipate dalle province e dai comuni lombardi).

Con riferimento a tale ultimo profilo, l'operazione di finanziamento non deve prospettarsi quale forma elusiva dei vincoli del Patto. A differenza delle operazioni di concessione di crediti (o della loro riscossione), espressamente escluse dal novero delle spese (e delle entrate) soggette al Patto per l'annualità 2009 a tenore dell'art. 77 *bis*, commi 5 e 12, del Decreto Legge n.112/2008, convertito nella legge 25 agosto 2008 n.133, gli interventi di finanziamento con mutuo, al pari della ricapitalizzazione societaria per perdite o per altra causa, vi rimangono assoggettati.

Per quanto concerne la seconda parte dei quesiti, in tema di ammortamento e di tasso d'interesse, la Sezione osserva che l'ammortamento è determinato dalla legge, la quale ne specifica le soglie temporali: esso non può essere di durata inferiore ai cinque anni e superiore ai trenta, ivi comprese eventuali operazioni di rifinanziamento o rinegoziazione ammesse dalla legge (art. 204 comma 2 lett. a T.U.E.L. ed art. 62 Legge n.133/2008).

Del pari, si osserva che il rimborso del prestito debba prevedere rate di ammortamento comprensive di capitale ed interessi, al fine di non procrastinare il rimborso del capitale nel tempo, esponendo sia la società mutuataria ad oneri finanziari non determinati e pertanto non sostenibili, sia il comune mutuante a postergare il rientro dei capitali investiti.

Lo strumento del mutuo concesso direttamente dall'ente pubblico può configurarsi quale forma flessibile di finanziamento degli investimenti, che permette di scontare vantaggi competitivi rispetto al ricorso al mercato creditizio.

La determinazione dello scopo programmatico e delle finalità d'investimento pubblico in ragione delle quali il prestito è condebile alla società *in house* rende percorribile l'eventualità che il mutuo sia concesso a tasso agevolato rispetto al normale saggio di sconto derivante dall'andamento del mercato, ovvero sia concesso senza interesse, prevedendo la piena restituzione della sorte capitale, in tal modo favorendo il reperimento delle risorse necessarie alla società in mano pubblica per il raggiungimento dei fini pubblici istituzionali.

Come si è avuto modo di affermare, il tasso d'interesse costituisce la remunerazione del capitale. Il diritto civile, accanto alla figura del mutuo tradizionale, che è un contratto naturalmente oneroso, riconosce il tipo negoziale del mutuo gratuito quale contratto tipico con causa lecita e meritevole di tutela.

Le parti contrattuali dell'operazione di finanziamento sono entrambe pubbliche: il comune nel concedere il trasferimento di risorse deve salvaguardare i vincoli di bilancio ed evitare oneri finanziari incompatibili con la sana gestione finanziaria dell'ente; la società partecipata deve verificare l'incidenza che la restituzione del prestito riverbera sulla sua liquidità e sulla solvibilità per l'ammortamento. Entrambe le parti pubbliche non perseguono finalità lucrative, ma la resa del servizio pubblico in regime di equilibrio dei conti e di pareggio di bilancio. Solo in tal modo si assicura l'efficace allocazione delle risorse pubbliche impiegate e si realizza la massima efficienza dell'azione amministrativa.

Qualora il mutuo venga concesso direttamente dall'ente pubblico, la finalità di lucro può (e deve) essere postergata al raggiungimento degli obiettivi programmatici di investimento pubblico, con il limite della salvaguardia degli equilibri di bilancio. A ciò si aggiunga che per le argomentazioni rese in tema di *in house providing* e in ragione dell'incompatibilità fra lo scopo lucrativo e gli obiettivi di tendenziale pareggio e di equilibrio di bilancio dell'ente pubblico, la soluzione del mutuo a tasso agevolato, ovvero del finanziamento senza oneri d'interesse per la società partecipata, sia la soluzione maggiormente preferibile per la realizzazione degli scopi di pubblica utilità cui l'operazione creditizia è sottesa.

Conclusioni

In sintesi, la concessione di un mutuo da parte del comune in favore della propria società *in house*, rientra nel novero delle operazioni di finanziamento provenienti dal socio di riferimento e può essere ammissibile a condizione che si rispetti il vincolo dell'indebitamento per le sole finalità d'investimento ai sensi dell'art. 119, u.c. Cost., nei limiti quantitativi e nelle modalità di ammortamento specificate nelle prescrizioni degli artt. 201-204 T.U.E.L. e 62 Legge 133/2008. Non è ammissibile la concessione di un mutuo per ripianare le perdite derivanti dalla gestione corrente. La scelta della modalità di finanziamento in favore della società deve essere adeguatamente ponderata anche in relazione a forme alternative di capitalizzazione, affinché non si determini un eccessivo squilibrio fra indebitamento e patrimonio netto e non si gravi la gestione societaria di oneri finanziari non sostenibili. La determinazione del finanziamento tiene conto delle implicazioni fiscali connesse al tipo di erogazione prescelto. Il trasferimento di risorse pubbliche deve rientrare nell'alveo delle attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità di pubblico interesse e non deve trasformarsi in un vantaggio competitivo a beneficio della società per attività che le sono precluse o limitate per legge.

Il mutuo concesso si configura quale mutuo di scopo. La determinazione del tasso d'interesse è rimessa al prudente apprezzamento dei competenti organi comunali, i quali possono anche prevedere il tipo contrattuale del mutuo gratuito. Il mutuo concesso riverbera i suoi effetti sulla composizione dei saldi finanziari di cassa e di competenza ai fini del rispetto del patto di stabilità e trova evidenze contabili nei bilanci dell'ente e della società.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Gianluca Braghò)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositato in Segreteria il 29 giugno 2008

Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)