



Corte dei conti

N. 19/SSRRCO/QMIG/2022

Sezioni riunite in sede di controllo

Presiedute dal Presidente della Corte dei conti Guido Carlino
e composte dai magistrati

Presidenti di sezione:

Carlo Chiappinelli, Ermanno Granelli, Giovanni Coppola, Manuela Arrigucci,
Marco Pieroni, Enrico Flaccadoro, Maria Annunziata Rucireta, Anna Luisa Carra,
Massimiliano Minerva, Franco Massi;

Consiglieri:

Cinzia Barisano, Stefania Fusaro, Giuseppe Imparato, Vincenzo Chiorazzo,
Rossana Rummo, Rossella Bocci, Donato Centrone, Angelo Maria Quaglini,
Marco Randolfi, Michela Muti;

Referendari:

Laura Alesiani, Khelena Nikifarava.

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

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

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

VISTO il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo, approvato
dalle Sezioni riunite con deliberazione n. 14/DEL/2000 del 16 giugno 2000 e, in
particolare, l'art. 6, comma 2;

VISTO l'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102;

VISTO l'art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213;

VISTA la deliberazione n. 196/2022/QMIG del 4 novembre 2022 della Sezione regionale di controllo per la Toscana, con la quale è stata rimessa al Presidente della Corte dei conti una questione di massima inerente all'interpretazione dell'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*"Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*, di seguito anche TUSP), come novellato dall'art. 11, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118;

VISTA l'ordinanza n. 13 del 7 novembre 2022, con la quale il Presidente della Corte dei conti ha deferito alle Sezioni riunite in sede di controllo l'esame e la pronuncia in ordine alla questione prospettata, ai sensi dell'art. 17, comma 31, del d.l. n. 78 del 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009;

UDITO, nell'adunanza del 17 novembre 2022, il relatore, Consigliere Donato Centrone

PREMESSO IN FATTO

1. Le fattispecie sottoposte all'esame della Sezione remittente

In data 10 ottobre 2022, il Comune di Montespertoli ha trasmesso alla Sezione regionale di controllo per la Toscana, in aderenza all'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016, una delibera di consiglio comunale avente ad oggetto la trasformazione della società per azioni *Agenzia per lo sviluppo dell'Empolese Valdelsa* (di seguito, A.S.E.V.) in società consortile per azioni. Più in dettaglio, il Comune, con la delibera citata, ha approvato lo schema di statuto della nuova società *A.S.E.V. scpa*; la relazione sulle motivazioni e sugli effetti della trasformazione da società per azioni a società consortile per azioni; il piano

economico-finanziario per il triennio 2022-2024; lo studio preliminare di fattibilità per la trasformazione della società in organismo non lucrativo.

Nei giorni successivi, inoltre, altri enti locali, tra cui i Comuni di Prato e Firenze, hanno trasmesso alla Sezione regionale di controllo per la Toscana, sempre ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, le delibere dei rispettivi consigli comunali relative ad una complessa operazione di aggregazione societaria per la gestione di servizi pubblici locali (cd. "operazione Multiutility").

Quest'ultima operazione, sebbene nel suo complesso unitaria, risulta articolata in più fasi tra loro connesse, che prevedono, in primo luogo, la fusione per incorporazione delle società *Consiag spa*, *Acqua Toscana spa* e *Publiservizi spa* in *Alia - Servizi ambientali spa*.

Connessa alla fusione per incorporazione è il conferimento in *Alia - Servizi ambientali spa* (*Alia spa*), da parte dei Comuni di Firenze e Pistoia, delle partecipazioni da loro detenute, rispettivamente, in *Toscana Energia spa* e *Publiacqua spa*, da realizzarsi mediante un aumento di capitale ad essi riservato.

Il progetto di aggregazione si compone poi: i) dell'aumento di capitale della società *Alia spa* "post-fusione" (per massimo 3,5 miliardi), articolato in più momenti, tra loro scindibili, di cui una parte (per massimo 1,2 miliardi) da liberare mediante conferimento, da parte di altri enti locali, di partecipazioni in società, aziende o rami d'azienda operanti nell'ambito dei servizi di pubblica utilità, e l'altra (per massimo 2,3 miliardi) attraverso l'apertura a terzi di una prefissata quota del capitale sociale, in previsione della successiva quotazione in borsa delle azioni; ii) della costituzione di una società avente il ruolo di *holding* di partecipazioni (*Toscana Holding, HoldCo*); iii) del riassetto organizzativo della società post fusione, anche a mezzo della costituzione di una società operativa (*OpCo*) specificamente destinata ad accogliere il ramo d'azienda relativo alla gestione dei rifiuti; iv) della valutazione e realizzazione del processo di quotazione in borsa della società post-fusione, ancorandolo a diversi presupposti.

Nello specifico, con le deliberazioni trasmesse i Comuni di Prato e Firenze hanno approvato: i) l'operazione risultante dal progetto di fusione e lo schema del nuovo statuto di *Alia spa*; ii) l'aumento di capitale sociale di *Alia spa*, per massimo euro 60.000.000, da liberare in natura ai sensi degli artt. 2440 e 2441, comma 4, c.c., mediante conferimento della partecipazione detenuta in *Toscana Energia spa*, da parte del Comune di Firenze, e di quella detenuta in *Publiacqua spa*, da parte del Comune di Pistoia.

2. La questione interpretativa di interesse generale sollevata dalla Sezione remittente

Per esigenza di economia procedurale, la Sezione regionale di controllo per la Toscana ha ritenuto necessario, in primo luogo, riunire la trattazione delle esposte operazioni societarie, ai limitati fini di rimettere al Presidente della Corte dei conti la valutazione dell'opportunità di deferire alle Sezioni riunite in sede di controllo, ai sensi dell'art. 17, comma 31, decreto-legge 1 luglio 2009 n. 78, ovvero alla Sezione delle autonomie, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012 n. 174, una questione di massima di particolare rilevanza e interesse generale.

In particolare, alla luce di analitiche e articolate motivazioni, che saranno ampiamente riprese nelle considerazioni in diritto, la Sezione regionale di controllo per la Toscana ha rimesso la seguente questione di massima di particolare rilevanza, avente carattere di interesse generale: *“Se rientrano nel perimetro applicativo dell'esame rimesso alla Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, gli atti deliberativi delle amministrazioni pubbliche concernenti l'approvazione delle seguenti operazioni societarie: la trasformazione da società per azioni in società consortile per azioni; la sottoscrizione dell'aumento di capitale riservato ad un ente pubblico già socio, mediante conferimenti in natura di partecipazioni societarie; la fusione per incorporazione sia con riguardo alle amministrazioni socie della società incorporante sia con riguardo a quelle delle società incorporate”*.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il perimetro applicativo dell'art. 5 del TUSP

L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, come recentemente modificato dall'art. 11 comma 1, lett. a), della legge n. 118 del 2022 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*), prevede che l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) sia trasmesso dall'Amministrazione pubblica procedente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (che può esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287) e alla Corte dei conti, che deve deliberare, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità del provvedimento a quanto disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo 5, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

La rivisitata funzione assegnata alla Corte dei conti è stata oggetto di recente esame da parte di queste Sezioni riunite in sede di controllo (deliberazione n. 16/SSRRCO/QMIG/22), che ne hanno individuato la *ratio* nell'esigenza di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato *"in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili"*.

L'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016 enuncia puntualmente le tipologie di atti che devono essere trasmessi all'esame della Corte dei conti, vale a dire quelli aventi ad oggetto la *"costituzione di una società a partecipazione pubblica"* (incluse quelle miste pubblico-privato, disciplinate dal successivo art. 17) e di *"acquisto di partecipazioni, anche indirette"* da parte di Amministrazioni pubbliche (per *"partecipazione"* deve intendersi *"la titolarità di rapporti comportanti la qualità di*

socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi", come da definizione contenuta nell'art. 2, lett. f), del medesimo T.U.S.P).

Tuttavia, come evidenziato dalla Sezione remittente, durante la vita di una società possono esservi ulteriori vicende, alcune incidenti sugli elementi del contratto societario (ad esempio, le modifiche all'oggetto sociale o al capitale), altre determinanti una revisione del complessivo assetto organizzativo (come nel caso delle c.d. *"operazioni straordinarie"*).

Le modifiche che possono interessare l'impresa esercitata in forma collettiva (anche pubblica) e la sua attività, pur nella permanenza dei medesimi soci, differiscono per intensità di effetti. Accanto alle ipotesi a minor impatto, rappresentate dal mutamento di denominazione sociale o di cessione/affitto di azienda (o di un suo ramo), esistono fattispecie più complesse, come le operazioni di trasformazione, ove il cambiamento organizzativo è più sensibile (trattandosi di modificare il tipo sociale o, addirittura, di muovere da una struttura societaria ad una avente differente natura giuridica e viceversa) o quelle di fusione e scissione (che producono effetti più radicali nei riguardi dei soggetti partecipanti).

Il d.lgs. n. 175 del 2016 non reca una disciplina organica di tali operazioni straordinarie, anche in ragione della circostanza che il Testo unico ha voluto introdurre una regolamentazione di singole vicende organizzative delle società a partecipazione pubblica (quali, per esempio, la costituzione, l'acquisto o il mantenimento, cfr. art. 1, comma 1), mentre, per quanto non disciplinato, ha espressamente operato un rinvio alla normativa societaria di diritto comune (l'art. 1, comma 3, dispone che *"per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato"*).

Il Testo unico contiene, comunque, alcuni riferimenti alle operazioni straordinarie. In particolare, alla sola *"trasformazione"* nell'art. 7, comma 7, lett. b),

con riguardo a procedura e motivazioni dell'atto deliberativo che deve adottare l'Amministrazione pubblica. L'art. 8, comma 1, disciplina l'acquisto di partecipazioni in società già costituite, *“anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale”* o *“altre operazioni straordinarie”*. L'art. 20, commi 1, 2 e 5 impone alle Amministrazioni pubbliche di predisporre, ai fini del legittimo *“mantenimento”* delle partecipazioni (cfr. art. 1, comma 1), un periodico piano di revisione, che, in ragione della valutazione parametri indicati nell'art. 20, comma 2, può esitare anche in operazioni straordinarie, compresa la fusione (o la messa in liquidazione o la cessione).

Tutte queste operazioni, pur non configurandosi alla stregua di atti costitutivi di una società o di acquisto di partecipazioni, possono determinare effetti non dissimili per l'amministrazione socia. La Sezione di controllo per la Toscana pone, pertanto, la questione della riconducibilità di tali tipologie di atti al novero di quelli presi in considerazione dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP.

2. L'eventuale assoggettamento delle c.d. operazioni societarie straordinarie alla procedura preliminare di esame, da parte della Corte dei conti, prescritta dall'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP

Tratto comune alle sopra accennate operazioni è la circostanza di essere deliberate dall'ente pubblico successivamente all'assunzione della posizione di socio (e nell'esercizio dei poteri ad essa conseguenti). Invece, l'art. 5, comma 3, TUSP ha limitato, letteralmente, il proprio ambito oggettivo di applicazione ai soli due momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di partecipazioni) in cui l'Amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio.

In questa prospettiva, come ritenuto dalla Sezione remittente, si giustifica l'obbligo, per l'amministrazione, di fornire analitica motivazione con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4 TUSP), nonché sul piano della convenienza, economica e finanziaria,

rispetto ad altre formule gestionali. Tali valutazioni non sarebbero riferibili a soggetti societari esistenti o partecipati dalla medesima amministrazione, traducendosi in una riedizione di scrutini che avrebbero dovuto essere già condotti in precedenza (come desumibile, indirettamente, dall'art. 24, comma 1, del TUSP, che, nel definire i presupposti per la razionalizzazione straordinaria, che le Amministrazioni pubbliche hanno dovuto approvare all'entrata in vigore del Testo unico, imponeva di dismettere o razionalizzare le società costituite o acquisite in assenza delle motivazioni prescritte dall'art. 5, comma 1, del TUSP o non coerenti alla missione istituzionale dell'ente pubblico ex art. 4 TUSP, norme che, come noto, hanno sostituito, al loro volta, prescrizioni contenute nell'art. 3, commi 27 e seguenti, della legge n. 244 del 2007).

Questa ricostruzione non appare contraddetta dai richiami che l'art. 5, comma 3, TUSP opera, nell'enunciare i parametri ai cui deve essere informato l'esame della Corte dei conti, ai successivi articoli 7 e 8.

L'art. 7, al comma 1, individua, infatti, l'organo competente all'adozione della delibera di *"partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società"*. Inoltre, al comma 2, ribadisce che l'atto deliberativo di costituzione espliciti le motivazioni prescritte dal precedente articolo 5, comma 1. In virtù del comma 3, poi, il ridetto atto deve contenere, altresì, l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come disciplinati dagli articoli 2328 e 2463 del Codice civile (rispettivamente per le società per azioni e quelle a responsabilità limitata). Il medesimo atto, in aderenza al comma 4, va pubblicato sui siti istituzionali dell'Amministrazione pubblica partecipante. Ancora, nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, il comma 5 ricorda che la scelta di questi ultimi deve avvenire con procedure di evidenza pubblica (come già disposto dall'art. 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016).

Si tratta, appunto, dei parametri legittimanti la regolare costituzione, sotto il profilo della competenza, della procedura e della motivazione, di organismi

societari, che l'art. 5, comma 3, richiama ai soli fini di definire il contenuto dell'esame di "conformità" attribuito alla Corte dei conti, e distinguerlo da quello rimesso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in omaggio, peraltro, agli obiettivi esplicitati dal legislatore nell'art. 1, comma 2, del medesimo TUSP, in base al quale le disposizioni contenute nel decreto sono applicate avendo riguardo, da un lato, "all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche" e "alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica" e, dall'altro, "alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato").

L'art. 7, comma 7, del TUSP, invece, prescrive che siano adottati con le modalità di cui ai commi 1 e 2 (osservanza di predeterminate regole di competenza, tese ad attribuire la scelta all'organo politico-amministrativo di vertice e motivazione aderente agli specifici contenuti prescritti dall'art. 5, comma 1) anche "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". Si tratta di segmento normativo che, in assenza di esplicita previsione legislativa, non può far ritenere attratti all'esame preliminare della Corte dei conti, secondo la procedura, i parametri ed i tempi prescritti dai, differenti, commi 3 e 4 dell'art. 5 del TUSP, anche tali operazioni, che non comportano la costituzione di una nuova società o l'acquisizione di una partecipazione da parte di un ente pubblico (oggetto, invece, dell'esame attribuito dal legislatore alla Corte dei conti ai sensi dei citati commi 3 e 4 dell'art. 5).

L'art. 8 del d.lgs. n. 175 del 2016, a sua volta, prevede che le operazioni che, "anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, "comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti" vanno deliberate secondo le modalità di cui all'articolo 7, commi 1 e 2 (vale a dire, seguendo i già esposti profili di necessaria osservanza di predeterminate regole sulla competenza interna e di oneri motivazionali).

Anche l'art. 8, tuttavia, non contiene un richiamo alla procedura di esame disciplinata dall'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP, che il legislatore ha rivisitato di recente e che ha un ambito applicativo differente rispetto agli obblighi prescritti dal comma 1 dell'art. 5 (richiamato, tramite il comma 2 dell'art. 7, dall'art. 8, comma 1). Mentre quest'ultima disposizione, infatti, prevista sin dall'approvazione del d.lgs. n. 175 del 2016, individua il contenuto motivazionale dei provvedimenti che autorizzano, da parte di Amministrazioni pubbliche, la costituzione di società o l'acquisto di partecipazioni (nonché, in virtù del richiamo operato dagli artt. 7, comma 7, e 8, comma 1, quello di altre operazioni c.d. "straordinarie"), i commi 3 e 4, invece, fondano uno specifico potere di esame preliminare da parte della Corte dei conti (e dell'AGCM), che ha, quali parametri di riferimento, anche le disposizioni presenti negli artt. 7 e 8 (richiamati, come palesato nella novella legislativa ed evidenziato in precedenza, solo a questi fini). Di conseguenza, l'assoggettamento all'esame preliminare della Corte dei conti di operazioni che, *"anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti"* trova fondamento nel comma 3 dell'art. 5, che impone di inviare alla Corte dei conti l'atto deliberativo di *"acquisizione della partecipazione"*, fattispecie che può essere integrata dalla sottoscrizione di un aumento di capitale deliberato da altra società.

L'assunzione della qualità di socio segna, pertanto, la linea di confine per distinguere gli atti deliberativi da sottoporre all'esame della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP, e quelli invece esclusi o, meglio, per i quali la legge non ne impone la trasmissione. In particolare, la ridetta procedura preliminare di valutazione non riguarda le decisioni concernenti operazioni societarie straordinarie, quali la sottoscrizione di aumenti di capitale che l'ente è chiamato ad approvare nella qualità di socio, la trasformazione fra tipi societari e la fusione.

2.1 Peraltro, come sottolineato, anche se ad altri fini, nella deliberazione di queste Sezioni riunite n. 16/2022/QMIG, la tassatività degli atti deliberativi da sottoporre al vaglio preliminare della Corte dei conti non determina l'effetto di sottrarre a controllo le operazioni societarie straordinarie.

Sul punto, si richiama, *in primis*, la verifica, ex art. 20 del TUSP, "*Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche*", nella cui sede la competente Sezione di controllo viene, comunque, chiamata a prendere in esame, ai fini del legittimo mantenimento delle partecipazioni, non solo gli esiti delle operazioni, ordinarie e straordinarie, che hanno interessato, durante l'anno, le società partecipate, ma anche la loro eventuale programmazione.

Da un lato, infatti, i parametri di "*convenienza economica*" e "*sostenibilità finanziaria*", che, in aderenza ai principi affermati dall'art. 1, comma 2, del TUSP (in particolare, sotto il profilo della "*efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche*" e della "*razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*"), devono presidiare le decisioni di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie ai sensi dell'art. 5 del TUSP, devono essere valutati anche in occasione degli annuali piani di revisione periodica ai fini del mantenimento delle partecipazioni (come da requisiti elencati nell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016).

Dall'altro, alcune operazioni in esame (in particolare, la trasformazione e la fusione), possono costituire, sempre alla luce dei parametri elencati nell'art. 20, comma 2, TUSP, l'esito dei piani di revisione e, come tali, programmare l'avvio delle deliberate azioni di razionalizzazione ("*razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione*"), che la competente Sezione della Corte dei conti è chiamata a valutare anche nell'esercizio di tale funzione, sia al momento dell'adozione del "*piano di riassetto*" che di "*relazione...sui risultati conseguiti*" (cfr. art. 20, commi 1, 3 e 4, del Testo unico).

Dalla lettura del d.lgs. n. 175 del 2016, anche alla luce della recente novella riguardante l'articolo 5, se, da un lato, vengono in evidenza singoli momenti di

controllo (e relativo perimetro di riferimento, soggettivo e oggettivo), dall'altro, appare sussistere un'impostazione unitaria palesante l'intento legislativo di un presidio articolato da parte della Corte dei conti. In tale direzione, l'art. 20 viene ad assumere una valenza generale di verifica della corretta programmazione, prima, e gestione, dopo, degli interventi in materia societaria da parte del socio pubblico, che non può non comportare, quale corollario, un fisiologico inoltro del materiale conoscitivo a ciò preordinato.

Tale prospettiva unitaria, ancorché articolata in puntuali scansioni normative, trova conferma nel fatto che le stesse operazioni possono assumere rilievo, per i riflessi finanziari sui bilanci degli enti territoriali partecipanti, nel quadro dei controlli di c.d. *"legalità finanziaria"* (per tutte, Corte costituzionale, sentenza n. 60/2013), esercitati dalla Corte dei conti sugli enti locali, sugli enti del servizio sanitario nazionale e sulle regioni (art. 1, commi 3, 4 e 7, del d.l. n. 174 del 2012 e art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000). In questa sede, infatti, le Sezioni regionali di controllo devono verificare, fra gli altri, che i rendiconti *"tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività locale e di servizi strumentali all'ente"* (cfr. art. 148-bis, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000; analoga la formulazione dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 174 del 2012).

Analogamente, le medesime operazioni possono essere valutate, sia per le società detenute dallo Stato che dalle regioni, in occasione dei giudizi di parificazione dei rendiconti consuntivi (artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012).

Inoltre, le operazioni di aumento del capitale sociale, anche quando sottoscritte dall'ente socio, sono oggetto di valutazione da parte della Corte dei conti in ragione di varie disposizioni normative. In particolare, per gli enti locali, che costituiscono la platea di Amministrazioni pubbliche detenente il maggior numero di partecipazioni societarie, la *"ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio"*

di servizi pubblici locali” costituisce una delle operazioni legittimanti l’adozione di delibere di riconoscimento di debito fuori bilancio (art. 194, comma 1, lett. c), del TUEL; cfr., altresì, l’art. 73, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 118 del 2011, per le regioni). Queste ultime, oltre ad essere oggetto di periodico esame da parte delle competenti Sezioni regionali di controllo in sede di controlli sulla sana gestione finanziaria, anche ai fini della verifica dell’osservanza delle regole, di matrice costituzionale (art. 119, comma sesto), di corretta finalizzazione del debito ad investimenti (cfr. art. 3, comma 19, legge n. 350 del 2003), devono essere inviate alla competente Procura della Corte dei conti (come prescritto dall’art. 23, comma 5, legge n. 289 del 2002).

Infine, costituendo la sottoscrizione di un aumento di capitale una delle modalità attraverso la quale una o più Amministrazioni pubbliche possono sostenere, finanziariamente e patrimonialmente, una società partecipata (cfr. art 14, commi 4 e 5, del TUSP), tale operazione, anche quanto vede parte attiva un ente che è già socio, costituisce oggetto di esame da parte della competente Sezione della Corte dei conti, non solo in virtù dello specifico obbligo di comunicazione prescritto dall’art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 175 del 2016 (limitato ai piani di risanamento di società in perdita da almeno tre esercizi), ma anche delle altre disposizioni dettate sia dal Testo unico che da altri plessi normativi (può farsi rinvio, per l’impatto e le interrelazioni che hanno sulla materia in questione, oltre a quelle già richiamate in precedenza, all’art. 21 del d.lgs. n. 175 del 2016, che disciplina i presupposti per la costituzione e liberazione degli accantonamenti a fondo perdite società partecipate, nonché agli artt. 147, commi 2, lett. c) e d), 147-*quater* e 147-*quinquies* del TUEL, che finalizza, fra l’altro, il sistema dei controlli interni degli enti locali alla “*valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell’ente in relazione all’andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni*”).

In questi contesti, peraltro, la rilevazione di eventuali irregolarità nelle operazioni societarie deliberate dall’amministrazione, ove integranti potenziali

fattispecie di danno erariale, devono essere oggetto di segnalazione ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 174 del 2016 (Codice della giustizia contabile).

3. L'ambito di applicazione oggettivo della funzione di cui all'art. 5, commi 3 e 4, TUSP: esame delle singole operazioni societarie sottoposte all'esame della Sezione remittente

Anche considerando, singolarmente, le operazioni societarie sottoposte all'attenzione della Sezione regionale di controllo per la Toscana (che ne ha puntualmente illustrato natura ed effetti, anche mediante ampi e pertinenti richiami alla giurisprudenza della Cassazione), le conclusioni esposte nel precedente paragrafo non mutano.

3.1 L'operazione di trasformazione

La trasformazione è un'operazione che comporta il cambiamento di "tipo" di società (omogenea) o il passaggio da una società di capitali ad ente di natura giuridica differente e viceversa (eterogenea), assolvendo ad una funzione di riorganizzazione della struttura dell'ente interessato mediante semplificazione procedurale dei passaggi intermedi (quali, le attività di scioglimento e liquidazione, con contestuale creazione di una nuova società o ente).

Oltre alle argomentazioni già esposte, la ricostruzione della natura giuridica della trasformazione e gli effetti che da essa discendono per il socio (anche pubblico) e la società, costituiscono elementi che, come prospettato dalla Sezione remittente, consentono di escludere l'assimilabilità di tale operazione a quella di estinzione con contestuale costituzione di un nuovo soggetto (né, tanto meno, all'acquisto di partecipazioni in realtà già esistenti).

Al riguardo, l'art. 2498 cod. civ. prevede che *"con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione"*. Tale previsione adotta, come sottolineato dalla Sezione Toscana, il vocabolo generico "ente", riferito al soggetto

trasformato, sicché la condizione di continuità giuridica (conservazione dei diritti ed obblighi) ricorre non solo nell'ipotesi in cui una società muti in una di diverso tipo (trasformazione omogenea), ma anche nelle altre fattispecie (trasformazione eterogenea).

L'elemento caratterizzante l'operazione va rinvenuto, infatti, nella continuità dei rapporti giuridici, non producendosi, all'esito, alcun effetto novativo o estintivo, come da nutrita serie di pronunce della giurisprudenza civile di legittimità, richiamate dalla Sezione remittente (per tutte, di recente, Cass. civ., sez. lav., n. 23721/2021; Cass. civ., sez. I, n. 10302/2020).

Tale conclusione non appare minata, nel caso di specie, dalla circostanza che il passaggio dalla società azionaria a quella consortile per azioni potrebbe determinare una diversa "esposizione" finanziaria dei soci pubblici.

Ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. le società consortili hanno, come scopo sociale, quello tipico del contratto di consorzio ex art. 2602 c.c. (istituzione di un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese); inoltre, l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro (cfr. art. 2615-ter, comma 2, c.c.).

Le peculiarità delle società consortili risiedono, pertanto, sia nello "scopo sociale" che nell'eventuale "deroga" alla regola generale secondo cui il socio è obbligato a eseguire solo i conferimenti determinati dal contratto sociale (per la cui natura, *ratio* e disciplina può farsi rinvio a Cass. civ., sez. I, ordinanza, n. 3628/2021).

La previsione di tali ulteriori forme di contribuzione, tuttavia, per le quali vanno naturalmente osservate le regole prescritte alle Pubbliche amministrazioni (in particolare, per finalizzare i trasferimenti operati all'erogazione, a "prezzi" congrui, di un servizio da parte della società, con vincoli o divieti per quelli destinati al mero ripiano di perdite, ex art. 14, commi 4 e 5, TUSP) non fa venir meno la, già evidenziata, relazione di continuità giuridica del soggetto societario trasformato e, di conseguenza, della partecipazione detenuta

dall'amministrazione socia, non venendosi a determinare un fenomeno di estinzione e successiva ricostituzione.

L'illustrata, potenziale, differente esposizione finanziaria del socio pubblico, per effetto del cambiamento di regime societario, rappresenta uno degli elementi che l'ente socio deve tenere adeguatamente in considerazione in sede di deliberazione dell'operazione, senza che ciò comporti, tuttavia, l'attrazione dell'operazione alla specifica procedura di esame preliminare prescritta dai commi 3 e 4 art. 5 del TUSP

Va, peraltro, rimarcato come la trasformazione eterogenea non determina il mutamento del regime di responsabilità patrimoniale del socio, anche pubblico (Cass. civ., sez. trib., n. 15863/2020; in materia, di recente, anche Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 140/2022/PAR).

Di conseguenza, come già esposto nei paragrafi precedenti, il rinvio operato dall'art. 5, comma 3, TUSP al successivo art. 7 è effettuato ai soli fini di individuare i parametri in base ai quali la Corte dei conti deve svolgere le proprie valutazioni sugli atti di costituzione societaria, con riferimento alle regole di competenza (art. 7, comma 1), all'obbligo di allegare gli elementi essenziali dell'atto costitutivo della società (art. 7, comma 3), all'onere di pubblicazione sul sito istituzionale (art. 7, comma 4) ed alle modalità di selezione dei soci privati (art. 7, comma 5).

Invece, il richiamo effettuato dal comma 7 dell'art. 7, per il tramite del comma 2, al solo, comma 1 dell'art. 5 ha la differente finalità, per le operazioni in esso previste (tra le quali, la trasformazione), di individuare gli oneri formali e motivazionali che incombono sul socio pubblico coinvolto in tale vicenda, non comprendendo l'obbligo di trasmissione alla Corte dei conti, dettato dal successivo comma 3 (non citato dall'art. 7, comma 2).

Si tratta di conclusione aderente anche alla già esposta enunciazione di principio contenuta nell'art. 1, comma 3, del TUSP, in base alla quale *“per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione*

pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato".

3.2. L'aumento di capitale connesso all'operazione di fusione

L'operazione di aumento di capitale nelle società realizza, attraverso un procedimento complesso, un contratto tra la società conferitaria ed il socio o il terzo conferente. La prima fase dell'operazione, rappresentata dalla delibera di aumento di capitale, consiste in un atto di organizzazione interno alla società, di regola riservato all'assemblea dei soci, chiamata ad esprimere la volontà della società attraverso le maggioranze previste dalla legge o dallo statuto (la Sezione remittente richiama, a supporto, plurime pronunce della Cassazione, per tutte Cass., sez. I, n. 17467/2013; Cass., sez. V, n. 11725/2011; Cass., sez. V, n. 19813/2009).

Detta delibera societaria, avente efficacia organizzativa interna e implicante una modificazione statutaria, non determina un effetto immediato e diretto sulla partecipazione del socio e, pertanto, l'atto deliberativo dell'ente pubblico con cui quest'ultimo determina l'approvazione in assemblea non rientra fra gli atti da trasmettere alla Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, comma 3, TUSP.

Alla delibera societaria fa seguito l'eventuale decisione di adesione e sottoscrizione dell'aumento da parte dell'ente pubblico, già socio o interessato a divenire tale, mediante un conferimento in denaro o in natura. Detta volontà si manifesta con la sottoscrizione di una quota dell'aumento deliberato, atto che non coincide con la manifestazione di voto espressa dal socio durante l'assemblea (cfr. Cass. civ., sez. I, n. 17467/2013; sez. V, n. 11725/2011; sez. V, n. 19813/2009). In questa seconda fase, l'atto decisionale dell'ente pubblico di autorizzazione alla sottoscrizione della quota di aumento di capitale comporta, invece, conseguenze rilevanti ai fini della verifica dell'eventuale assoggettabilità all'esame preliminare della Corte dei conti ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del TUSP

Qualora l'ente aderente sia terzo rispetto alla società, la sottoscrizione dell'aumento di capitale risulta assimilabile ad un'operazione di acquisto di partecipazioni *ex novo*. Pertanto, in aderenza al combinato disposto dell'art. 5, comma 3, e dell'art. 8, comma 1, del TUSP, l'atto deliberativo di sottoscrizione dell'aumento di capitale, da parte dell'ente pubblico terzo, in precedenza non socio, va trasmesso alla Corte dei conti per l'esame prescritto dall'art. 5.

In ipotesi di adesione ad un aumento di capitale da parte dell'ente pubblico già socio non si assiste, invece, all'acquisto di una partecipazione, ma all'incremento di quella già posseduta.

In questa ipotesi, fra l'altro, le valutazioni di conformità ai parametri normativi si tradurrebbero, su aspetti rilevanti, quali il rispetto dei vincoli finalistici o la convenienza economica del ricorso allo strumento societario, in sostanziali attualizzazioni di motivazioni già espresse dall'amministrazione all'atto dell'acquisto (nuovamente, e comunque, esaminabili, dalla competente Sezione della Corte dei conti in sede di controllo sui piani di revisione periodica, alla luce dei parametri elencati nell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016).

La Sezione remittente sottolinea, inoltre, in questa ipotesi, i problemi di coordinamento che la trasmissione di tali atti alla Corte dei conti porrebbe rispetto alle regole in materia di crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica, oggetto di considerazione nell'art. 14 del TUSP. Nella situazione patologica della società in perdita per almeno tre esercizi, la sottoscrizione di un aumento di capitale da parte dell'amministrazione costituisce, come da previsione legislativa, uno dei provvedimenti di sostegno straordinario, di regola non autorizzabile dall'amministrazione. Tuttavia, al ricorrere delle esigenze indicate dall'ultimo periodo del comma 5 dell'art. 14 TUSP, siffatto intervento, in via derogatoria, può essere autorizzato, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti, da sottoporre al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti. Inoltre, l'art. 14 TUSP consente trasferimenti

straordinari a società in crisi, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, previa presentazione di un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti, che contempra il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni.

Entrambe le deroghe delineate dall'art. 14, comma 5, TUSP pongono rilevanti problemi di coordinamento interpretativo. Nel primo caso, la sottoposizione dell'atto autorizzativo al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti appare inconciliabile con un eventuale parallelo esame ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, TUSP; nel secondo, la misura di sostegno, ove rappresentata da un aumento di capitale, si iscrive in un piano di risanamento per il quale l'art. 14 TUSP prevede la mera comunicazione alla Corte dei conti, da effettuarsi nel rispetto del riparto di competenze fissato dal comma 4 dell'art. 5.

3.3. La fusione per incorporazione

La fusione è un'operazione societaria straordinaria che può realizzarsi mediante la costituzione di una nuova società (fusione propria) o attraverso l'incorporazione in una società di uno o più altri soggetti (fusione per incorporazione), a cui possono essere interessate anche le società pubbliche (così, Consiglio di Stato, sez. V, n. 6142/2021).

Al fine di stabilire se anche l'atto deliberativo di approvazione della fusione rientri nell'*iter* di cui all'art. 5, comma 3, TUSP occorre considerare che tale norma contiene, come detto, richiami ad altre disposizioni (al fine di individuare i parametri del controllo della Corte), nessuna delle quali, peraltro, menziona espressamente la fusione.

Difatti, quest'ultima non figura tra le operazioni per l'adozione delle quali l'art. 7, comma 7, del TUSP richiede le specifiche modalità, procedurali e motivazionali, di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo (disposizioni

richiamate, sempre senza far riferimento alle operazioni di fusione, anche dal comma 1 dell'art. 8).

La Sezione remittente prende le mosse dalla ricostruzione della natura giuridica dell'operazione di fusione, per poi valutare gli effetti sostanziali che la stessa produce sui soci pubblici delle società coinvolte, al fine di comprendere se detti effetti siano analoghi a quelli di un acquisto *ex novo* di partecipazioni.

Al riguardo, il comma 1 dell'art. 2504-bis c.c. prevede che *"La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione"*.

La portata applicativa di tale previsione è stata diffusamente indagata dalla giurisprudenza civilistica, con lo scopo prevalente di stabilire il regime dei rapporti processuali delle società incorporate o fuse. Nelle più recenti pronunce (Cass. civ., sez. un., 30/7/2021, n. 21970) è stato sottolineato come, ai sensi del nuovo art. 2504-bis c.c., la fusione per incorporazione, pur determinando l'estinzione della società incorporata, conduce, quale effetto finale, all'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione.

Sulla base di una ricostruzione sistematica del quadro normativo successivo alla riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6 del 2003) e tenendo, altresì, in considerazione le indicazioni promananti dal diritto europeo (per esempio, Direttiva (Ue) n. 1132 del 2017, art. 105 *"Effetti della fusione"*), la Corte di Cassazione ha messo in luce la natura composita dell'operazione di fusione dalla quale derivano vari effetti sostanziali: di concentrazione, di estinzione e di successione.

Il primo consiste nella circostanza che la fusione, dando vita ad una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano, determina un fenomeno di integrazione giuridica ed economica, dal quale consegue che i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa, siano imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società

incorporante o la società risultante dalla fusione. Il secondo effetto è quello dell'estinzione delle società incorporate (nella fusione per incorporazione) o fuse (nella fusione propria), con prosecuzione di tutti i rapporti giuridici in capo alla società incorporante o a quella risultante dalla fusione (art. 2504-*bis* c.c.), a cui si associa, in modo inscindibile, quello successorio a titolo universale, con la sostituzione della società incorporante (o di quella risultante dalla fusione propria) nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo ai soggetti estinti.

L'analisi effettuata dalla citata giurisprudenza è riferita alle società interessate dall'operazione di fusione (incorporata e incorporante), piuttosto che alla posizione dei soci delle medesime, a cui guarda, invece, la disciplina prevista dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP Appare, pertanto, necessario traslare sui soci le considerazioni svolte circa la natura dell'operazione di fusione per incorporazione, distinguendo tra quelli della società incorporante e quelli delle incorporate.

Per i primi non vi è alcuna modifica sostanziale della partecipazione che possa essere assimilabile all'acquisizione di nuove azioni; ciò in quanto la società incorporante permane come soggetto giuridico immutato, in esito alla fusione.

I secondi, invece, assistono all'annullamento dei titoli di partecipazione nelle società incorporate e alla contestuale assegnazione di quote dell'incorporante, sulla base del rapporto di concambio. Ciò sembrerebbe implicare effetti modificativi simili a quelle derivanti da un'operazione di cessione di partecipazioni, con contestuale riacquisto in una nuova realtà societaria, apparendo integrare i presupposti per la trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 5 TUSP. Tuttavia, i richiamati aspetti di integrazione e continuità, che, comunque, caratterizzano la fusione della società incorporante e delle incorporate, non possono condurre, nei riguardi dei soci delle incorporate, a soluzioni diverse da quelle esposte con riferimento ai soci della incorporante.

La fusione, infatti, comporta, quale esito finale, una *reductio ad unitatem* dei patrimoni delle singole società. Sul punto, le Sezioni unite della Cassazione hanno sottolineato che la fusione realizza una successione a titolo universale e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici in precedenza riguardanti i soggetti incorporati (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 21970/2021). Tale successione sul piano giuridico-formale è affiancata, sul piano economico-sostanziale, da una continuazione dell'originaria impresa e della sottostante organizzazione aziendale.

Pertanto, l'operazione nella prospettiva dei soci (anche delle incorporate), da un punto di vista sostanziale, si atteggia a continuazione del contratto sociale, sebbene l'attuazione prosegua in un "*altro involucro formale*" e con una differente organizzazione.

Sotto il profilo economico-finanziario, infatti, per i soci delle incorporate l'operazione di fusione avviene in condizioni di sostanziale neutralità, attraverso la definizione del rapporto di concambio, ossia della proporzione matematica fra la partecipazione del socio nella società incorporata e quella assegnata nella società incorporante (cfr. Cass. civ., sez. I, n. 7920/2020; sez. I, n. 15025/2016). La congruità del concambio è, peraltro, presidiata da una specifica valutazione rimessa a soggetti esperti che, ai sensi dell'art. 2501-*sexies* c.c., sono tenuti a predisporre una relazione che indichi il metodo di valutazione utilizzato e le eventuali difficoltà.

Il principio di neutralità dell'operazione per i soci dell'incorporata trova conferma anche in campo fiscale, laddove l'art. 172 del d.P.R. n. 917 del 1986 (TUIR) stabilisce che "*Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa*".

In ragione di tali considerazioni, puntualmente prospettate dalla Sezione remittente, appare da escludere l'operazione di fusione per incorporazione, sia per gli enti soci dell'incorporante che per quelli dell'incorporata, dal campo di applicazione della rinnovata funzione assegnata alla Corte dei conti dall'art. 5, commi 3 e 4, TUSP, in quanto tale vicenda non risulta equiparabile né alla costituzione di una società né all'acquisto di una nuova partecipazione in società già esistente.

Tale ricostruzione, tra l'altro, appare coerente con i presidi che il diritto societario già reca per il perfezionamento e la "stabilità" dell'operazione di fusione (la Sezione remittente cita gli artt. 2501-ter, 2501-quater, 2501-quinquies, 2501-sexies, 2502, 2502-bis, 2503, 2504, 2504-bis e 2504-quater cod. civ.), ed a cui fa espresso rinvio l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016.

La soluzione interpretativa consente, peraltro, un approccio uniforme alla complessiva operazione di fusione; diversamente, ove si ritenesse che, nel quadro dell'incorporazione, i (soli) soci pubblici delle società incorporate realizzino un'acquisizione di partecipazioni, si perverrebbe ad una sottoposizione frammentata, ex art. 5, commi 3 e 4, TUSP alla Corte dei conti di una medesima vicenda (imponendolo per le amministrazioni socie delle incorporate ed escludendolo per quelle dell'incorporante).

Pertanto, come già sopra precisato, il rinvio operato dall'art. 5, comma 3, TUSP all'art. 8 non comporta l'attrazione all'esame preliminare della Corte dei conti anche delle operazioni straordinarie di fusione. Invece, il richiamo effettuato dall'art. 8, comma 1, del TUSP, per il tramite di cui all'articolo 7, commi 1 e 2, all'art. 5, comma 1, individua gli oneri procedurali e motivazionali che incombono sul socio pubblico coinvolto in operazioni societarie straordinarie.

Peraltro, come ampiamente illustrato in precedenza, la tassatività degli atti deliberativi da sottoporre al vaglio preliminare della Corte dei conti, ex art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 175 del 2016, non determina l'effetto di sottrarre a controllo le operazioni societarie straordinarie, in virtù delle verifiche attribuite

alla magistratura contabile da altre disposizioni di legge (verifica, ex art. 20 TUSP, sui piani di revisione periodica delle partecipazioni; controlli di c.d. legalità finanziaria, esercitati su enti locali, enti del servizio sanitario nazionale e regioni, ex art. 1, commi 3, 4 e 7, del d.l. n. 174 del 2012 e art. 148-bis del d.lgs. n. 267 del 2000; parifica del rendiconto dello Stato e delle regioni, ex artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934 e art. 1, comma 5, d.l. n. 174 del 2012).

PQM

le Sezioni riunite in sede di controllo, in riscontro alla richiesta di pronunciamento di orientamento generale, avanzata della Sezione regionale di controllo per la Toscana (deliberazione n. 196/2022/QMIG), ritengono che *“l'esame degli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie da parte delle competenti Sezioni della Corte dei conti, prescritto dai commi 3 e 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 175 del 2016, non riguarda le operazioni di trasformazione fra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale quando non comporti anche l'acquisto della posizione di socio”*.

IL RELATORE

F.to digitalmente Donato Centrone

IL PRESIDENTE

F.to digitalmente Guido Carlino

Depositato in segreteria in data 23 novembre 2022

IL DIRIGENTE

F.to digitalmente Maria Laura Iorio