

Il Tribunale composto dai magistrati

Dott. Magaraggia Antonella   Presidente

Dott. Guzzo Liliana           Giudice relatore

Dott. Beccaro Alberta         Giudice

Sui reclami delle procedure riunite all'udienza del 9.11.2004 Rg B 8595/04  
ed RGB 8628 /04

a scioglimento della riserva che precede osserva quanto segue.

Non è condivisibile la tesi del Comune di Venezia e della Provincia di Venezia secondo cui la legge 938/86 avrebbe istituito una sorte di "sindacato ex lege" in forza del quale i tre enti Pubblici Provincia Comune e Regione (quest'ultima "tramite" Veneto Sviluppo s.p.a.) avrebbero un obbligo di formulare in seno a SAVE votazioni conformi.

L'art. della legge 938/86 invero prevede la costituzione di apposita s.p.a. *"con partecipazione paritetica e complessivamente maggioritaria della Regione Veneto, della Provincia di Venezia e del Comune di Venezia"*.

Indicando il requisito della *pariteticità* il legislatore ha indubbiamente imposto in fase genetica il requisito della pari consistenza e rilevanza percentuale della partecipazione dei tre enti, di tal che il loro "peso" nella costituenda s.p.a. fosse, oltre che complessivamente maggioritario (requisito poi abrogato dall'art. 1 bis L. 351/95), equamente distribuito (in modo da rappresentare pariteticamente i rispettivi interessi pubblici). Non vi è però alcun indice normativo che imponga di desumere dalla introduzione del requisito della *"pariteticità"* il principio, di diversa e ben altra portata, della necessaria uniformità di voto dei tre Enti (all'unanimità o in difetto a maggioranza) in forza di un "sindacato ex lege" che vincolerebbe detti

soggetti fra loro. Trattasi infatti di ipotesi interpretativa da escludersi in base al chiaro dato testuale, vieppiù confermato dalla assenza di qualsivoglia richiamo *aliunde* di tale obbligo, non essendo peraltro tale ipotesi interpretativa neppure "supportata" da qualsivoglia "procedimentalizzazione" delle modalità con cui detti soggetti (pubblici quali Comune e Provincia e comunque partecipato dalla Regione quanto a Veneto Sviluppo s.p.a.) dovrebbero raggiungere la unitarietà decisionale sulla espressione del voto in SAVE.

Non sussiste poi la violazione della normativa sulle privatizzazioni stigmatizzata da Provincia e Comune e, in particolare, soprattutto della normativa di cui alla L. 474/94 (e successive modifiche) all' art. 1 comma 2, e 2 ter e all'art 2 (concernente i poteri speciali), alla L. 351/95 art. 1 ter, alla L.481/95 all'art. 1 comma 2, all' art. 10 comma 13 Legge 537/1993 e al D.M. 521/97, oltre alle procedure dettate dal DPR 533 del 1996 e dall'art. 116 D.Lgs 267/2000.

E', infatti, assorbente sul punto il rilievo che tutta la normativa sulle privatizzazioni - che regola in particolare le modalità con cui debbono essere effettuate le cessioni delle partecipazioni pubbliche, la scelta del partner privato ed altresì il successivo regime delle società privatizzate (con possibilità di introdurre speciali poteri del soggetto pubblico in deroga al regime codicistico delle s.p.a.) - riguarda le ipotesi in cui venga effettuata una **dismissione** della pubblica partecipazione; la dismissione va infatti intesa (come correttamente interpretato dal primo giudice) quale vendita e/o cessione delle partecipazioni pubbliche, nel che si concretizza la cosiddetta "*privatizzazione sostanziale*".

Nella fattispecie non è stata deliberata la vendita e/o cessione delle azioni pubbliche, bensì una operazione su capitale con esclusione del diritto di opzione per la creazione del flottante, operazione da compiersi tramite OPS, fattispecie che non è contemplata né regolata dalla normativa in oggetto, neppure applicabile in via analogica.

Resta da trattare, attesa la ritenuta non applicabilità del complesso normativo sulle privatizzazioni alle mere operazioni su capitale, l'aspetto più delicato della questione, che i reclamanti pure prospettano e cioè quello della elusione della normativa de qua.

Invero questi ultimi, pur invocando *in primis* la diretta applicabilità della normativa sulle privatizzazioni anche alla operazione di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione di cui trattasi (il che non è condivisibile per quanto sopra esposto), hanno altresì invocato la nullità delle deliberazioni del 3.8.2004 per frode alla legge. Ciò sull'assunto che le stesse, pur concernendo una mera operazione su capitale con l'esclusione del diritto di opzione, realizzano di fatto un indebolimento delle partecipazioni pubbliche analogo a quello derivante da dismissione in senso proprio, senza il rispetto delle procedure obbligatoriamente prescritte per le dismissioni; ad avviso dei reclamanti le operazioni così deliberate realizzerrebbero dunque l'elusione delle norme imperative che disciplinano detto settore (nel che si concreterebbe la frode comportante nullità delle deliberazioni per violazione di norme imperative di legge).

Sul punto premette il Collegio che è di tutta evidenza come effettivamente le operazioni di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione - pur comportando tecnicamente una mera diluizione delle partecipazioni di

tutti i soci della società - ben si prestino, come sottolineato da Comune e Provincia, ad essere terreno di manovre elusive della normativa sulle privatizzazioni; esse portano infatti (*sub specie* di mera operazione privatistica di aumento di capitale) all'accesso di nuovi soci e, nel caso in cui questi ultimi risultino in qualche modo "scelti", a possibili nuovi assetti societari con eventuale costituzione di nuovi gruppi di controllo.

Diventa allora di primaria importanza nella fattispecie verificare se e quale sia la normativa sulle dimissioni asseritamente elusa e cioè quale sia la normativa cui SAVE avrebbe dovuto sottostare nel caso l'operazione fosse stata condotta - anziché con la O.P.S. - con vera e propria dimissione delle partecipazioni (ad es. a mezzo di O.P.V.).

Sul punto va *in primis* rilevato che non pare applicabile alla fattispecie la disciplina del D.M 12.11.1997 n. 521, decreto che istituisce il regolamento recante le norme di attuazione della L. 24.12.1993 n. 537 (che all'art 10 comma 13 ha disposto di costituire società di apposite società di gestione per la gestione dei servizi aeroportuali e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato).

Sono invero assorbenti i rilievi che SAVE, all'entrata in vigore della legge e del Regolamento su richiamati, risultava già costituita in base alla legge speciale 24.12.1986 n. 938, che la sua gestione è ed era totale e non in regime di precariato e non vi è né vi era partecipazione dello Stato.

L' art. 10 L. 24.12.1993 n. 537 si riferisce, invece, espressamente e chiaramente, alle costituzione di nuove società aeroportuali per la gestione di aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato e, a propria volta, il D.M. 521 del 1997 specifica altrettanto chiaramente all'art. 1 comma 1 che

*“il regolamento disciplina la gestione degli aeroporti e dei sistemi aeroportuali aperti al traffico civile attualmente gestiti, anche in parte dallo Stato o da altri soggetti in regime di precariato”*

La non applicabilità (salvo che per quanto si dirà in ordine all'art 17 comma 2 ) del D.M. 521/97 - che detta disposizioni in materia di cessione a privati delle quote di maggioranza, di scelta del socio privato di maggioranza ed altresì, all'art 5, prevede patti di *governance* tra i soci pubblici e nuovi soci in caso di perdita del potere di controllo da parte dei soci pubblici- già chiaramente desumibile dall'art 1 del D.M. stesso è poi vieppiù confermata dall'art. 17 del D.M.; tale norma al comma secondo prevede che in caso di estensione della durata dell'affidamento in gestione si faccia riferimento allo schema convenzionale di cui al precedente comma *“anche per gli attuali gestori totali in base a legge speciale in quanto compatibile con i regimi giuridici vigenti, salvaguardando i singoli diritti”*; invero proprio da detta disposizione, che ha una formulazione chiara che non dà adito a dubbi interpretativi, si desume ulteriormente che l'unica parte del regolamento del DM 521/97 che si applica anche agli attuali gestori totali in base a legge speciale è quella relativa allo schema convenzionale di cui all'art. 17 comma 1, peraltro solo *“in caso di estensione della durata dell'affidamento in gestione”* e solo *“ in quanto compatibile con i loro regimi vigenti”*.

Non è neppure prospettabile una applicazione analogica alla fattispecie in esame della normativa *de qua* (analogia invocata dalla Provincia di Venezia) poiché risulta ben evidenziato dalla lettura a carattere sistematico delle disposizioni del D.M. 521/97 che non vi è alcuna lacuna normativa (e

cioè una situazione regolata -quella delle società di nuova costituzione- ed una situazione eguale e non regolata dal D.M. -quella dei gestori totali in base a precedente legge speciale-), risultando invece valutate e regolate in modo diverso entrambe le situazioni.

Né sotto altro profilo è disapplicabile il detto D.M. nella parte in cui regola diversamente le due situazioni per violazione art. 3 Cost., poiché le situazioni diversamente regolate non sono affatto eguali.

Infine non può ritenersi applicabile a SAVE l'intero regolamento *de quo* in forza di cosiddetta "contrattualizzazione", e cioè in forza di recepimento convenzionale della disciplina dettata da detto D.M.: la convenzione in estensione 19.7.2001 tra SAVE ed ENAC, infatti, da un lato fa proprio solo lo schema di convenzione secondo quanto disposto dall'art. 17 comma 2 e, dall'altro, disciplina i poteri di vigilanza dell'ENAC (derivanti dalla sua legge istitutiva D.LGS 250/97) prendendo a mero riferimento l'art. 11 comma 1 del D.M. 521/97 senza operare alcun recepimento convenzionale *tout court* della regolamentazione concernente le costituenti società di gestione.

Quanto alla restante normativa, è lo stesso parere prodotto dal Comune (sub doc 25) che ritiene inapplicabile agli enti territoriali locali, con argomentazione condivisa da questo Collegio, sia l'art. 1 comma 2 della L. 474/94 (escludendo che la decisione sulla privatizzazione delle società partecipate da enti pubblici territoriali possa essere demandata alla autorità centrale in palese lesione dei principi della autonomia locale) che l'art. 1 comma 2 della L. 481/95 (per gli stessi motivi); il suddetto parere altresì correttamente sottolinea sia l'avvenuta abrogazione dell'art. 1 comma 6

17. NOV. 2004 10:10

della legge 474/94 (che prevedeva che gli enti pubblici enucleassero i criteri e le procedure per le dismissioni delle partecipazioni da essi detenute in conformità con le norme vigenti in materia di dismissioni di partecipazioni dello Stato) sia quella del comma 5 dell'art. 115 del D.Lgs 267/2000 (che disponeva che le partecipazioni degli enti locali potessero essere alienate con le modalità fissate dall'art. 116 dello stesso D.LGS 267/2000).

Le procedure ad evidenza pubblica di cui alle norme di legge e di regolamento sulla contabilità di Stato risultano poi escluse dallo stesso disposto dell'art 1 della L. 474/94.

Assumerebbe per contro rilevanza l'art 1 ter L. 351/95 (tralasciando le questioni relative alla controversa applicabilità dell'articolo *de quo* anche agli Enti locali territoriali, questione peraltro evidenziata anche nello stesso parere prodotto dal Comune di Venezia sub doc 25), che rinvia alla L.474/94. Quanto a quest'ultima legge rileverebbero in particolare:

- l'art.1 nella parte in cui statuisce che l'alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 vada effettuata *con modalità trasparenti e non discriminatorie finalizzate anche alla diffusione dell'azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori tradizionali*;

- l'art 1 comma 2 ter che prevede che *"alle alienazioni di cui al comma 2 si applica l'art. 1 comma 2 della L. 14.11.1995 n. 481 e successive modificazioni per le dismissioni delle partecipazioni di controllo ivi indicate salvo il caso di alienazioni di titoli azionari già quotati ..."*;

- l'art 2 concernente i poteri speciali (articolo che, peraltro, anche per sua espressa statuizione, si applica sicuramente anche alle società controllate da enti pubblici territoriali).

Va però sottolineato che, mentre la norma secondo cui *"l'alienazione delle partecipazioni debba effettuarsi con modalità trasparenti e non discriminatorie..."* risulta applicabile a tutte le dismissioni di partecipazioni (siano esse di controllo o meno), le altre norme su citate riguardano solo ed esclusivamente dismissioni di *partecipazioni di controllo*.

Nel caso di specie va preso atto che le partecipazioni di Comune, Provincia e Veneto Sviluppo s.p.a. singolarmente prese sono minoritarie e non integrano *"pacchetto di controllo"*, pur essendo complessivamente maggioritarie, trattandosi di partecipazioni che fanno capo a tre soggetti non tenuti *ex lege* ad esprimere unitariamente il loro voto e, comunque, di soggetti non efficacemente coalizzati tra loro in modo tale da controllare assieme la società, come dimostra tra l'altro proprio ed inequivocabilmente la vicenda *sub iudice*.

Si evince dunque da tutto quanto sopra esposto che le deliberazioni del 3.8.2004 non possono esser ritenute elusive della normativa sulle privatizzazioni: infatti l'aumento di capitale da effettuarsi tramite OPS per la quotazione in borsa con tutta evidenza non elude la regola delle *"modalità trasparenti e non discriminatorie finalizzate anche alla diffusione dell'azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori tradizionali"*.

Va poi esaminata la doglianza relativa alla annullabilità delle delibere sotto il profilo del dedotto eccesso di potere, con riferimento alla esclusione del diritto di opzione: ad avviso del Collegio si avrebbe l'eccesso di potere lamentato dalle reclamanti nel solo caso- non ricorrente nella fattispecie- in cui l'esclusione del diritto di opzione non fosse giustificata da un interesse

sociale serio e consistente, ma solo dall'interesse extrasociale della maggioranza.

Il Presidente nel verbale dell'assemblea di SAVE del 3.8.2004 (pag. 10) indica che l'aumento di capitale è finalizzato alla quotazione in borsa e specifica che la stessa è vantaggiosa per la società in quanto consentirà a quest'ultima di aumentare la propria capacità competitiva e la visibilità sul mercato nazionale e internazionale, di ottenere pieno apprezzamento del proprio valore economico nonché *"di acquisire nuove risorse da investire nella crescita e nello sviluppo delle strategie sociali"*; specifica poi che per la quotazione è necessario che le azioni siano diffuse in modo da creare il flottante necessario ed altresì afferma che l'aumento di capitale è proposto con esclusione del diritto di opzione in quanto destinato al pubblico degli investitori al fine di creare il flottante.

L'interesse alla quotazione in borsa rappresenta indubbiamente interesse sociale, tanto che gli stessi soci che oggi lamentano l'eccesso di potere hanno reiteratamente nel corso degli anni (prima che si manifestassero i conflitti tra soci che hanno caratterizzato la presente vicenda) sostenuto l'interesse alla quotazione in borsa. In particolare indicativi di ciò sono i verbali di assemblea del 30.6.1998, 28.5.1999, 31.5.2000, 24.7.2000; rileva poi quello dell'assemblea del 30.1.2001 in cui il Sindaco del Comune di Venezia ha dichiarato che *"il Comune ritiene che la quotazione possa avvenire con il solo aumento di capitale senza vendita da parte dei soci pubblici"* (le successive precisazioni con cui il Sindaco richiede *"una compiuta rappresentazione di come le risorse provenienti dall'aumento di capitale verranno utilizzati e che i patti parasociali tengano conto delle*

*aspirazioni dei singoli soci .." non tolgono certo valenza al riconoscimento dell'interesse sociale alla quotazione tramite aumento di capitale fatta poco prima); alla stessa assemblea anche il rappresentante della Provincia di Venezia ha dichiarato "fermo restando la volontà di andare in borsa il problema aperto è il progetto... si tratta di finalizzare questa quotazione in borsa e ritiene che il Presidente avrebbe dovuto indicare i motivi per la quotazione con particolare riferimento alla territorialità: Evidenzia che ci sono due proposte alternative: quella di Veneto Sviluppo e quella del Comune e che si sente più propenso a quella del Comune".*

Ciò posto, l'aumento del capitale con esclusione del diritto di opzione è in primo luogo congruente con la realizzazione dell'interesse sociale alla quotazione in borsa, in quanto diretto alla creazione del flottante necessario per la quotazione stessa. In secondo luogo è congruente con l'interesse sociale all'acquisizione di *"nuove risorse da investire nella crescita e nello sviluppo delle strategie sociali"*, pure esplicitato nella delibera *de qua*.

I reclamanti sostengono essersi già verificato l'esaurimento di tutti gli investimenti di SAVE con conseguente pretestuosità degli obiettivi perseguiti, manifesta inutilità dell'aumento di capitale deliberato e conseguente abusività della creazione del flottante nel modo anzidetto (creazione asseritamente diretta solo a perseguire l'interesse extrasociale di ridurre la partecipazione di Comune e Provincia).

Va premesso che - come ben precisato nell'ordinanza reclamata - non è consentito *"alcun sindacato da parte del giudice diverso da un controllo meramente formale in ordine alla coerenza logica e alla non conflittualità con norme inderogabili e con lo statuto"*. In altri termini questo Collegio

può conoscere di tali questioni solo in termini di sindacato di legittimità, senza poter entrare nel merito delle scelte gestionali.

Così circoscritto l'oggetto della verifica giudiziale, si osserva che nella relazione degli amministratori al bilancio 2003 (approvato il 3.5.2004 dalla assemblea dei soci sia pure col voto contrario di Provincia di Venezia e Comune di Venezia) erano dettagliatamente descritti i nuovi investimenti necessitanti di apporto di capitale, poi recepiti nel piano di sviluppo del 20.8.2004; ciò esclude che ricorra la dedotta manifesta inutilità dell'aumento del capitale sociale.

Il Collegio condivide poi quanto dettagliatamente argomentato dal primo giudice circa la insussistenza dei dedotti vizi formali.

Va rilevato altresì che la questione della asserita falsità sostanziale del bilancio al 31.12.2003 (in ordine alla quale pende giudizio davanti a questo Tribunale) è inconferente ai fini che qui occupano: essa non ha infatti rilevanza *in primis* sotto il profilo del vizio di consenso dei soci che hanno deliberato favorevolmente, essendo costoro gli unici soggetti legittimati a far valere l'eventuale relativo vizio; in secondo luogo detta questione non preclude la possibilità di realizzare l'oggetto delle deliberazioni *de quibus*, ossia la mera presentazione della domanda di ammissione alla quotazione indirizzata alla Borsa Italiana e della domanda di nulla osta alla pubblicazione del prospetto informativo indirizzata alla Consob.

Infine quanto alla comparazione degli interessi dei reclamanti e dei reclamati, è ineccepibile la valutazione comparativa fatta dal primo giudice: da un lato infatti anche il Collegio ritiene che debba attribuirsi preponderante rilevanza alla "prognosi" sull'esito del giudizio meritale in

termini di *fumus* della infondatezza delle domande dei ricorrenti; dall'altro  
si concorda con il primo giudice nel ritenere che l'interesse dei singoli soci  
ricorrenti ad ottenere la sospensiva- sostanzialmente riferito alla riduzione  
della loro partecipazione in percentuale (come per gli altri soci)- non sia  
valutabile, in considerazione della attuale posizione comunque di minoranza  
di detti soci all'interno di SAVE, come prevalente rispetto all'indubbio  
interesse della società a portare a termine l'operazione di quotazione in  
borsa per quanto esposto nella ordinanza reclamata.

I reclami vanno pertanto rigettati.

Le spese saranno regolate all'esito del giudizio di merito.

P.Q.M.

Rigetta i reclami.

Spese all'esito del giudizio di merito

Venezia 9.11.2004

Il Giudice estens.

Il Presidente

TRIBUNALE ORDINARIO  
DI VENEZIA

16 NOV. 2004

DEPOSITATO  
IL CANCELLIERE II

P. P. Divisione  
17. 11. 2004