

La prelazione negli statuti delle società a partecipazione pubbliche: note a sentenza

di [Roberto Camporesi](#)

Publicato il 18 Ottobre 2016

è nulla la clausola di prelazione contenuta nello statuto di società mista, esercente il trasporto pubblico locale extraurbano, a favore dei soci, tanto pubblici che privati (commento ad una recentissima sentenza del consiglio di Stato)

Il Consiglio di Stato sez. V con la sentenza del 28/09/2016 n. 4014 ha stabilito la nullità della clausola contenuta nello statuto di società mista, esercenti il trasporto pubblico locale extraurbano a favore dei soci, tanto pubblici che privati.

La questione non ha precedenti molto probabilmente per due ordini di motivi:

- il primo dovuto al fatto che le controversie fra soci di società di capitali, siano essi di natura pubblica o privata, sono rimesse alla competenza del giudice ordinario e quindi, fino ad ora, non si sono ravvisati precedenti pronunciamenti del giudice amministrativo sul diritto di prelazione previsto dallo statuto della società mista;
- il secondo dovuto al fatto che la prevalenza delle norme pubblicistiche in materia di rapporti fra i soci di società a partecipazione pubblica era stata ammessa se non espressamente prevista da specifiche norme di legge, di modo che gli interessi pubblici, di cui sono portatori i soci pubblici di una società di capitali prevista dal libro V del codice civile, trovassero tutela solo laddove la legge lo prevedeva. Principio che appare del tutto consolidato con l'entrata in vigore del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016) che precisa:
 - all'art. 1 c. 3 *“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.”*;

- all'art. 14 che prevede la fallibilità delle società a partecipazione pubblica;
- all'art. 19, c. 1, che prevede : *“Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi”*;

quindi ad oggi non è più sostenibile alcuna interpretazione che avvalori un processo di “entizzazione” della società a partecipazione pubblica, se non nelle materie espressamente previste dalla legge (*rectius* previste dallo stesso testo unico).

Ciò posto la sentenza in questione è interessante perché risolve una questione che poteva rilevarsi insanabile.

Occorre ricordare che la dottrina distingue due categoria di prelazioni nel campo del diritto delle società di capitali:

- i) la prelazione propria, che attribuisce agli altri soci di essere preferiti, a parità di condizioni economiche, nella cessione dalla partecipazione della società di cui sono soci e
- ii) la c.d. prelazione impropria che oltre ad attribuire un diritto di preferenza attribuisce un diritto agli altri soci di contestare il corrispettivo offerto e rimettere la valutazione ad un terzo arbitratore.

La controversia esaminata dai Giudici amministrativi attiene ad una prelazione impropria e pertanto l'interpretazione data rileva solo per queste e, diversamente non può essere estesa alle prelazioni “*proprie*”.

Il tema della prelazione nei rapporti fra i soci di società pubbliche ha trovato specifica regolazione sulla base di norme di legge che occorre esaminare per cogliere il principio che si vuole affermare e che così si può sintetizzare:

- la prelazione impropria, nella parte che attribuisce anche un diritto di contestare il corrispettivo e rimette ad un terzo arbitratore è nulla per tutte le motivazioni addotte dai Giudici di Palazzo Spada;

- la prelazione propria prevista da statuto vigente, regolarmente sottoscritto e iscritto al Registro delle Imprese (quindi efficace *erga omnes*) non può ritenersi “nulla” perché non è in contrasto con i principi dell’evidenza pubblica se debitamente gestiti in sede di gara.

Peraltro risulta dalla legge che la prelazione non è in contrasto con l’evidenza pubblica. Infatti l’art. 1 c. 568-bis lett. b della legge 147/2015 prevedeva:

“568-bis. Le pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, e successive modificazioni, e le società da esse controllate direttamente o indirettamente possono procedere:

... b) all'alienazione, a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica deliberata non oltre dodici mesi ovvero sia in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore della presente disposizione e alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014. In caso di società mista, al socio privato detentore di una quota di almeno il 30 per cento alla data di entrata in vigore della presente disposizione deve essere riconosciuto il diritto di prelazione. Ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive, le plusvalenze non concorrono alla formazione del reddito e del valore della produzione netta e le minusvalenze sono deducibili nell'esercizio in cui sono realizzate e nei quattro successivi”. Si impone la procedura di evidenza pubblica con il “dovere” di riconoscere la prelazione al socio privato che detiene più del 30%, anche se detta prelazione non fosse prevista statutariamente.

La norma richiamata è stata abrogata dal Testo unico in materia di società per azioni (d.lgs 175/2016) e “sostituita” all’art. 10, c. 2, che recita: “2. *L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. E' fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto.*”

Dalla lettura di tale norma emergono alcuni spunti interpretativi che peraltro non potevano essere presi in considerazione dai giudici amministrativi, in quanto i fatti di causa erano riconducibili ad un dominio

normativo previgente. In primo luogo si osserva che non si fa riferimento alla procedura di evidenza pubblica (la cui allusione alle procedure del d.lgs. 50/2015 è intimamente legata) ma si citano principi di rango più comunitario che sono la pubblicità, la trasparenza e a la non discriminazione. La procedura che adotta tali principi è derogabile, in casi eccezionali, quando motivati da esigenze economiche per spuntare prezzi migliori: motivazione che appare facilmente dimostrabile per la vendita di un bene (le azioni o le quote di partecipazione) che per le società pubbliche non hanno un mercato ma hanno vincoli alla circolazione anche per disposizioni di legge che ne comprimono indirettamente il valore. Quindi, nella pratica, potrebbe essere agevole dare tale dimostrazione. Ciò non di meno la prelazione statutaria è fatta salva, oltre quella legale, ove prevista. Sembra possibile addirittura una lettura interpretativa che inverte gli ordine dei fattori, vale a dire, per la disposizione contenuta nel nuovo testo unico, il diritto di prelazione è un diritto assoluto inviolabile - per cui se previsto statutariamente debba in ogni caso essere applicato - mentre la procedura selettiva per la vendita, con i principi di rango comunitario invocati, diviene un obbligo relativo, possibile dunque di non applicazione.

Alla stregua delle considerazioni esposte non è neppure revocabile in dubbio che la dismissione delle partecipazioni pubbliche si inserisce nel processo, voluto da più parti, per il fine di ridurre il numero di tali società favorendo processi di uscita dalla compagine delle pubbliche amministrazioni. Appare evidente che nelle società miste il primo interessato all'acquisto della partecipazione pubblica (e forse l'unico) è il socio privato già presente nella compagine sociale e quindi gli elementi di favore, che consegna la prelazione al socio privato e riconducibili alla possibilità di non partecipare alla gara ma ricevere ugualmente l'offerta in prelazione, sono ampiamente giustificabili con il fine perseguito.

Infatti, in presenza di prelazione propria, la coesistenza della procedura selettiva ad evidenza pubblica e diritto di prelazione è facilmente attuabile, contemperando sia esigenze pubblicistiche che privatistiche. L'avviso al pubblico, che introduce il processo selettivo di evidenza pubblica, dovrà contenere la enunciazione del diritto di prelazione di modo che ricevute le offerte e quindi scelta quella che determina il miglior corrispettivo (il più elevato) si potrà procedere a sollecitare il socio privato offrendo allo stesso di esercitare la prelazione sul "*il miglior prezzo spuntato dal mercato*".

Non è possibile invece gestire la prelazione impropria e quindi in questo caso la sentenza dei Giudici di Palazzo Spada risolve un insanabile dissidio e ritiene la previsione statutaria nulla. Incidentalmente non sfugge che taluni principi invocati dal Giudice a sostegno dell'applicazione dell'evidenza pubblica riguardando la scelta del socio delle società pubbliche. Vale a dire una procedura volta a trovare un

partner (a prescindere che ciò avvenga in sede di costituzione ovvero successivamente sulla base della evoluzione della compagine sociale) mentre il caso di specie afferisce alla vendita totale della partecipazione detenuta da una pubblica amministrazione locale, che non sarà più interessata alle sorti di tale società e quindi neppure interessata a chi acquista, se non in riferimento alla solvibilità per il pagamento del corrispettivo. Fino ad oggi si erano tenute distinte le procedure per la scelta di un socio privato di una società mista da quelle per la dismissione totale della partecipazione anche in ragione della diversa funzione ed obiettivi delle due diverse fattispecie.

Principio discretivo che viene riconfermato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica che disciplina in due articoli diversi le due diverse fattispecie.

A parere di chi scrive la dichiarazione di nullità del diritto di prelazione impropria, invece, deve considerarsi necessaria, così come affermato dai Giudici amministrativi e quindi deve ritenersi inapplicabile (quantomeno nella parte che attribuisce il diritto di contestare il corrispettivo) in quanto se debitamente gestito il diritto di prelazione in sede di procedura selettiva, non è ammissibile, che a posteriori, si possa contestare il corrispettivo determinato in esito alla gara ovvero dal “mercato”.

Tuttavia l’elevata probabilità dell’esito infausto della selezione per la vendita di partecipazione pubblica apre inesorabilmente alla esigenza di valutare se applicare il nuovo principio contenuto nell’art. 10 c. 2 del d.lgs. 175/2016, laddove rimettere a procedura tramite “*negoziazione diretta con un singolo acquirente*”.

17 ottobre 2016

Roberto Camporesi