

COMMENTARI

CODICE COMMENTATO DELLE SOCIETÀ

SOCIETÀ DI PERSONE

SOCIETÀ DI CAPITALI - COOPERATIVE

CONSORZI - REATI SOCIETARI

**Aggiornato con le nuove norme in tema
di revisione legale, esercizio dei diritti degli azionisti
di società quotate e costituzione delle Spa**

a cura di

**G. Bonfante, D. Corapi, L. De Angelis,
V. Napoleoni, R. Rordorf, V. Salafia**

III Edizione



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

IV. Società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici e società di interesse nazionale

SOMMARIO: I. Società a partecipazione pubblica e società di interesse nazionale nel libro V del codice civile - II. Disciplina speciale delle società di interesse pubblico tra ordinamento interno e ordinamento comunitario - III. Interesse sociale, interesse pubblico e riforma del diritto delle società

I. SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E SOCIETÀ DI INTERESSE NAZIONALE NEL LIBRO V DEL CODICE CIVILE

Salvo quanto previsto specificamente dall'art. 2414-bis, la disciplina speciale codicistica delle società *lato sensu* di interesse pubblico è contenuta in due sezioni distinte del codice: la Sez. XIII (Delle società con partecipazione dello stato e di enti pubblici) e la Sez. XIV (Delle società di interesse nazionale) del Capo V del Titolo V.

Con particolare riferimento alla Sez. XIII, relativa **alla nomina pubblica diretta di componenti degli organi sociali**, la **necessità di adeguare la disciplina interna ai principi dell'ordinamento comunitario** ed in particolare alla giurisprudenza della Corte di giustizia, oltre a portare dopo un lungo contenzioso alla **drastica soppressione dell'art. 2450 c.c.** (cfr. *infra*), ha imposto **l'integrale riformulazione dell'art. 2449** (v. l'art. 13, c. 1, l. 25.2.2008 n. 34. Sulla vicenda legislativa nonché sulla struttura e sulla portata della deroga al diritto comune del nuovo art. 2449 c.c. si rinvia al commento del suddetto articolo).

Come noto, in occasione della **riforma del diritto societario del 2003** il legislatore, pur con gli adattamenti imposti dai nuovi modelli di *corporate governance*, si era limitato a trasferire negli artt. 2449 e 2450 la disciplina degli artt. 2458-2460 del testo originario del codice civile del 1942.

Sia pure implicitamente, il d.lg. 6/2003 aveva così confermato la scelta di politica legislativa del legislatore della codificazione: in mancanza di diverse disposizioni, quale appunto quelle di seguito commentate o quelle introdotte da leggi speciali, **le iniziative economiche pubbliche per le quali si ricorra alla forma societaria sono soggette alla disciplina generale della società per azioni** [v. la *Relazione al codice civile*, punto 998. Sulla evoluzione, nell'ordinamento italiano e nel diritto comunitario, del principio di parità di trattamento di imprese pubbliche e private, sia per quanto riguarda la disciplina degli atti e dell'attività sia per quanto riguarda il modello organizzativo rinvio a CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983].

Il principio della soggezione al diritto comune di tutte le imprese pubbliche in forma societaria si estendeva nel testo originario del '42 a società che, pur presentando profili di interesse pubblico, non presupponevano necessariamente la presenza dei poteri pubblici nella compagine sociale: l'art. 2450 (ora abrogato con formula lapidaria dall'art. 3, l. 6.4.2007 n. 46, v. *infra*), escludeva espressamente la partecipazione azionaria pubblica nelle società disciplinate.

Tuttora in vigore è invece l'unico articolo della Sez. XIV, l'art. 2451 c.c. che, riproducendo letteralmente il testo del vecchio art. 2461 c.c., prevede l'applicazione, in realtà solo residuale, della disciplina del Capo V a una categoria di società

ormai consolidata della Corte di giustizia sui c.d. poteri speciali (c.d., *golden shares*), giurisprudenza la cui portata e significatività trascende la vicenda delle privatizzazioni in Europa [v. di recente C. Giustizia 11.11. 2010, C-403/08 Commissione europea/Repubblica Portoghese. Si rinvia sul punto al commento dell'art. 2449. Per un approfondimento dei vincoli comunitari alla indiscriminata proliferazione di statuti speciali o singolari v. CIRENEI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, DCI 1996, 771; EAD., *La società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e "legislatori" nazionali: verso la formazione di un diritto societario regionale?*, BBTC 1993, 17]. Confermando quanto prefigurato in una nota comunicazione della Commissione sugli investimenti infracomunitari (G.U.C.E n. C 220 del 1997), la Corte ha ripetutamente ribadito che tali previsioni possono costituire un **disincentivo all'investimento di operatori appartenenti ad altri Stati membri** e in tal senso incidere sulla libera circolazione delle persone e dei capitali.

In tale prospettiva qualunque disciplina speciale o singolare che preveda con riferimento a determinate società o categorie di società prerogative speciali a favore dei pubblici poteri, collegate o meno che siano alla partecipazione sociale degli stessi, non può non essere sottratta al vaglio di compatibilità con il diritto comunitario. Questo, almeno, quando l'alterazione delle regole di funzionamento previste per le s.p.a. dal diritto comune non sia direttamente riconducibile alle esigenze e agli interessi che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea **considera idonei a giustificare la compressione delle libertà fondamentali** (v. ora gli artt. 36, 51, 52, 65 del TFUE) o quando non ricorrano i presupposti di applicazione dell'attuale art. 106, par. 2 del suddetto Trattato. Le misure in esame devono comunque rispondere ad "esigenze imperative di interesse generale" e rispettare i principi di necessità, adeguatezza, proporzionalità oltre al principio di non discriminazione. Il che non può non riguardare anche le società di interesse nazionale di cui all'art. 2451 c.c., quale ne sia l'accezione accolta.

III. INTERESSE SOCIALE, INTERESSE PUBBLICO E RIFORMA DEL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Tornando ai profili di diritto interno, questione di non scarso rilievo è quella dell'eventuale incidenza della riforma del diritto societario del 2003 sui limiti di perseguibilità, in concreto, dell'interesse pubblico all'interno della società a partecipazione pubblica.

L'assoggettamento di tali società al diritto societario comune comporta infatti l'utilizzabilità di quegli istituti diretti a garantire il rispetto dell'interesse sociale e del modello societario come strumento di produzione della ricchezza.

A tal fine, va innanzitutto considerata la nuova disciplina contenuta nell'**art. 2373 c.c. come novellato nel 2003**. Come noto, accogliendo la posizione prevalente in dottrina, con l'abolizione del primo comma del testo originario, il legislatore della riforma si limita a prevedere l'impugnabilità a norma dell'art. 2377 c.c. della delibera presa con il voto determinante "di coloro" (secondo l'ultima formulazione della disposizione introdotta dal d.lg. 27.1.2010 n. 27. Si rinvia al commento

dell'art. 2373) che abbiano per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società nella sola ipotesi in cui sussista la possibilità di un danno per la società stessa. La nuova disciplina, quindi, legittimando al voto anche il socio per ipotesi portatore di un interesse pubblico potrebbe consentire allo stesso di perseguire in assemblea interessi astrattamente in contrasto con l'interesse lucrativo tipico purché, in concreto, il perseguimento di tali interessi non prospetti un danno sia pure potenziale per la società.

All'opposto la nuova, più rigorosa disciplina dell'art. 2391, significativamente rubricata "Interessi degli amministratori" (cfr. *sub* art. 2391 c.c.) alla stregua della quale rileva non solo l'interesse in conflitto ma anche ogni coinvolgimento in interessi extrasociali dell'amministratore non può non costituire una remora al perseguimento di interessi pubblici all'interno della società. Tanto più che la nuova formulazione dell'art. 2364, n. 5, nel quadro del ridimensionamento voluto dal riformatore dei già esigui poteri dell'assemblea in materia di gestione dell'impresa sociale, rende sicuramente inutile il ricorso alla delibera assembleare ai fini della limitazione della responsabilità degli amministratori nei confronti della società [sui limiti alla perseguibilità dell'interesse pubblico nelle società a partecipazione pubblica di diritto comune e sulla efficacia degli strumenti a tutela della funzione societaria tipica v. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, Tr. CP, Torino, 1992, 99; EAD., *Commento all'art. 2373, Conflitto d'interessi*, in *Com. rom.dir.soc.*, Padova, 2010, 757].

Va ancora considerato l'art. 2497 del Capo IX del Titolo V che prevede l'esonero dalle responsabilità previste in generale per l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento delle società controllate in violazione dei principi "di corretta gestione societaria e imprenditoriale" quando il danno risulti mancante alla luce del risultato globale della gestione del "gruppo". La norma presuppone comunque che l'ente che esercita un'attività di direzione e coordinamento per fini extrasociali agisca nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui: sia quindi portatore di interessi d'impresa. La disciplina del Capo IX, sicuramente applicabile ai gruppi che fanno capo ad un ente pubblico economico (si pensi al soppresso sistema delle PPSS e agli enti di gestione - *holding* inquadrati in tale sistema e tenuti al rispetto di criteri di economicità. Si suole sottolineare che con norma d'interpretazione autentica il c. 6 dell'art. 19, l. 3.8.2009 ha di recente precisato che "per enti" si intendono i soggetti giuridici collettivi, *diversi dallo Stato* (corsivo mio), «che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria») o ad una s.p.a. a partecipazione pubblica può agevolare una politica di gruppo ispirata a fini pubblici (o anche a fini pubblici). Non si può giustificare peraltro la strumentalizzazione di una società da parte di un qualunque soggetto portatore di interessi pubblici in mancanza dei presupposti e in spregio delle condizioni previste dagli artt. 2497 ss.

In ogni caso, quando sia ragionevole prevedere che l'inizio o la cessazione dell'attività di direzione e coordinamento da parte dei pubblici poteri determini in concreto un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento, si prospetta il riconoscimento a favore del socio del diritto di recesso (cfr. art. 2497-quater, lett. c)?

Le considerazioni di cui sopra in ordine ai limiti di perseguibilità dell'interesse pubblico in una s.p.a. valgono anche per le società nelle quali alcuni dei componenti degli organi sociali siano nominati a norma dell'art. 2449 c.c. se infatti, secondo quanto previsto in tale articolo, «gli amministratori, i sindaci, o i componenti del consiglio di sorveglianza hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea» (c. 2 dell'art. 2449), l'obbligo di perseguire la realizzazione della funzione societaria non può non estendersi a tali soggetti nei limiti delle rispettive competenze. Questo, ovviamente, a meno che il contesto normativo in cui si inserisce l'eccezionale potere di nomina non denoti una alterazione della funzione societaria tipica.

L'interesse pubblico alla nomina può essere infatti un mero interesse alla presenza all'interno di tali organi di soggetti fiduciari dei pubblici poteri in grado di vigilare in modo neutro sulla regolarità del funzionamento della società o anche sul rispetto di una particolare disciplina dell'attività-oggetto: ciò che può ragionevolmente presumersi tutte le volte in cui solo una minoranza dei componenti dell'organo deputato alla gestione dell'impresa sociale o solo i componenti o alcuni componenti dell'organo con funzioni di vigilanza siano di nomina pubblica. In altri casi, peraltro, la nomina pubblica esprime l'interesse ad indirizzare a fini meta-economici l'attività dell'ente. In questo caso i limiti alla perseguibilità di tali interessi, anche in contrasto con la funzione societaria, vanno individuati in concreto tenuto conto dei caratteri e del contenuto della disciplina speciale o singolare. Tutto questo, comunque, sempre compatibilmente con i principi dell'ordinamento comunitario.

Prof.ssa Maria Teresa Cirinei