

registro ord. coll. n° 175 del 13/10/2004

registro generale ricorsi n° 2544/2004



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA LOMBARDIA
MILANO**

SEZIONE I

**Registro Ordinanze:/
Registro Generale: 2544/2004**

nelle persone dei Signori:

EZIO MARIA BARBIERI Presidente
ELENA QUADRI Ref.
LUCA MONTEFERRANTE Ref., relatore

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nella Camera di Consiglio del **29 Settembre 2004**

Visto il ricorso 2544/2004 proposto da:

*ASSOCIAZIONE AZIONARIATO DIFFUSO DELL'AEM+ALTRI
CUCCIA FILIPPO
FRAGAPANE GIACOMO
PUGGIONI PIETRO ANGELO
SANCHIRICO ANNAMARIA
SARTORIO SANDRO*

rappresentati e difesi da:

*NESPOR STEFANO
DE CESARIS ADA LUCIA
CIVITELLI ANTONIO*
con domicilio eletto in MILANO
VIA FOGAZZARO, 8
presso
NESPOR STEFANO

contro

COMUNE DI MILANO
rappresentato e difeso da:
*SURANO MARIA RITA
SANTA MARIA ALBERTO
CROFF CARLO
PERFETTI LUCA R.
BERARDINO LIBONATI*
con domicilio eletto in MILANO
VIA DELLA GUASTALLA, 8
presso
AVVOCATURA COMUNALE

e nei confronti di
AEM SPA
rappresentato e difeso da:
*BESSI MARIA NOVELLA
SOLCI ALBERTO
CAVALLI LAURA
PETRELLA ENZO*
con domicilio eletto in MILANO 3504AF
C.SO DI P.TA VITTORIA, 4
presso
SOLCI ALBERTO

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

1. della delibera del Consiglio comunale di Milano del 17 febbraio 2004 n. 4/04, avente ad oggetto "Cessione di parte delle azioni AEM s.p.a. detenute dal Comune di Milano. Offerta di vendita accelerata.

Emissione di prestito obbligazionario convertibile in azioni di AEM s.p.a.”, affissa all’albo pretorio dall’1 marzo al 16 marzo 2004;

2. della delibera del Consiglio Comunale di Milano dell’8 marzo 2004 n. 5/04, avente ad oggetto “Modifiche allo Statuto della Società AEM s.p.a.”;

3. degli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti resistenti, unitamente all’allegata documentazione;

Viste, in particolare, le memorie difensive presentate dalle parti in vista dell’udienza di discussione fissata per la data odierna;

Udito il relatore Ref. Luca Monteferrante e uditi i difensori presenti delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso ritualmente e tempestivamente notificato i ricorrenti sopra generalizzati, hanno impugnato le delibere indicate in epigrafe con le quali il Consiglio Comunale di Milano ha deliberato la prosecuzione del processo di privatizzazione della società AEM s.p.a., costituita nel 1996 in seguito alla revoca dell’Azienda energetica Municipalizzata, successivamente quotata in borsa ed operante nel settore dei servizi pubblici di distribuzione del gas e dell’energia elettrica affidati in gestione dal Comune medesimo, di cui, a quella data, il Comune di Milano deteneva il 51% del capitale. In particolare, con la delibera n. 4 del 17 febbraio 2004 il Comune ha deciso di ridurre la propria partecipazione in AEM s.p.a. dal 51% al 33,4%, procedendo alla vendita delle azioni, in parte, e per un ammontare pari all’8,8%, mediante

Accelerated book building (offerta di vendita accelerata ad investitori istituzionali professionali italiani ed esteri) e, per la restante parte, anch'essa pari al 8,8%, mediante emissione di un prestito obbligazionario convertibile in azioni AEM. Con la delibera n. 5 del 8 marzo 2004, invece, il Comune di Milano ha deliberato di promuovere le modifiche statutarie della società AEM s.p.a., come previsto dalla legge statale n. 474 del 1994 che, tra le altre disposizioni, all'art. 2 prescrive come obbligatoria la riserva in favore dell'Amministrazione pubblica controllante di uno o più dei poteri speciali ivi elencati, prima della adozione di ogni atto che determini la perdita del controllo della società partecipata.

Peraltro la delibera n. 5 dà espressamente atto che le modifiche deliberate allo Statuto di AEM s.p.a. rappresentano l'attuazione del punto VI del dispositivo della precedente delibera n. 4 che aveva dichiaratamente subordinato la cessione delle quote azionarie alla preventiva modifica dello Statuto societario.

Tra le modifiche allo Statuto della AEM s.p.a. deliberate dal Consiglio Comunale di Milano e successivamente recepite dall'assemblea straordinaria della società privatizzanda rilevano, ai fini del presente rinvio pregiudiziale, quelle relative alle modalità di nomina degli amministratori disciplinate dall'art. 17 dello Statuto societario.

Non appare superfluo rammentare che in una prima proposta di delibera, datata 13.1.2004 (sub doc. 4 in fascicolo ricorrenti), la Giunta del Comune di Milano, dopo aver evidenziato che la perdita del "controllo di diritto nelle assemblee ordinarie e straordinarie determina la necessità di modificare, prima dell'avvio della procedura di cessione, alcune clausole dello Statuto sociale al fine di garantire al Comune di Milano, in quanto socio di maggioranza relativa, la tutela dei propri interessi nel rispetto, peraltro della normativa vigente e soprattutto, delle

disposizioni contenute nella legge n. 474/1994 in materia di assetto organizzativo delle società privatizzande”, osservava, relativamente alle modalità di nomina degli amministratori, quanto segue: “Per quanto riguarda le modalità di nomina degli amministratori, si propone di prevedere una nuova procedura di nomina dei membri del Consiglio di Amministrazione di AEM, al fine di salvaguardare il legittimo interesse del Comune di Milano, in qualità di socio con maggioranza relativa, ad esprimere un numero di amministratori coerente con l’entità della sua partecipazione, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 2 lett. d) della legge n. 474/94. Si propone quindi di prevedere il diritto del Comune di Milano di procedere alla nomina diretta di un numero di amministratori pari ad un quarto dei membri del Consiglio di Amministrazione con arrotondamento, in caso di numero frazionario, all’unità inferiore. In ogni caso il numero di amministratori nominati dal Comune di Milano non potrà comunque essere superiore ai quattro quinti del numero complessivo degli amministratori da eleggere. Per quanto riguarda invece gli amministratori non nominati in via diretta dal Comune si procederà, come già visto, all’elezione sulla base di liste alla presentazione delle quali potrà concorrere anche il Comune di Milano. In ogni lista i candidati dovranno essere elencati mediante un numero progressivo pari ai posti da ricoprire. Si propone quindi che all’elezione di tali amministratori si proceda come segue: a) dalla lista che avrà ottenuto il maggior numero di voti saranno tratti, nell’ordine progressivo con cui sono elencati nella lista stessa, i sei decimi degli amministratori da eleggere, con arrotondamento, in caso di numero frazionario, all’unità inferiore; b) dalla lista seconda classificata verranno tratti i restanti amministratori ancora da eleggere, nell’ordine progressivo con cui sono elencati nella lista stessa”.

Conformemente alle premesse, nel dispositivo della delibera si legge, tra le altre modifiche da apportare all'art. 17 dello Statuto societario, che la nomina diretta di un numero di amministratori pari ad un quarto dei membri del Consiglio di amministrazione viene riservata al Comune di Milano ai sensi dell'art. 2 lettera d) del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 come modificato dalla legge 30 luglio 1994, n. 474.

Nella successiva proposta di Giunta, poi definitivamente approvata dal Consiglio comunale di Milano in data 8.3.2004 e rubricata nel registro delle delibere al numero 5/04, il preambolo resta sostanzialmente identico, ma nel dispositivo la riserva di nomina diretta degli amministratori sino ad un quarto viene giustificata mediante il rinvio all'art. 2449 del codice civile anziché all'art. 2 lettera d) del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 come modificato dalla legge 30 luglio 1994, n. 474.

In data 29 aprile 2004 l'assemblea straordinaria di AEM s.p.a. ha provveduto a modificare lo Statuto in senso conforme alle previsioni contenute nella delibera del Consiglio Comunale n. 5 del 8 marzo 2004 introducendo, tra le altre previsioni, la riserva di nomina diretta in favore del Comune di Milano ai sensi dell'art. 2449 del codice civile.

Sempre in fatto occorre rilevare, infine, che qualunque sia il numero dei membri del Consiglio di amministrazione della AEM s.p.a (7, 8 o 9 ai sensi dell'art. 17 dello statuto, poi divenuto art. 16), il meccanismo di nomina degli amministratori, predeterminato dal Comune di Milano e recepito nello Statuto di AEM s.p.a., fa sì che l'effetto combinato della riserva di nomina diretta, unitamente al diritto di partecipare al voto di lista, consenta al Comune di Milano di conservare sempre e comunque la maggioranza assoluta nel consiglio di amministrazione nonostante, a cessione avvenuta, sia destinato a divenire socio di maggioranza relativa: ed infatti, anche a voler ipotizzare che la lista presentata dal Comune di

Milano si collochi al secondo posto (esito comunque assicurato dal possesso del 33,4% delle azioni), il Comune, a seconda che il numero dei membri del Consiglio di amministrazione sia pari a 7, 8 o 9, avrà la possibilità di nominare complessivamente e rispettivamente quattro membri (di cui uno mediante la riserva di nomina diretta) su sette, cinque (di cui due mediante la riserva di nomina diretta) su otto e cinque (di cui due mediante la riserva di nomina diretta) su nove.

I ricorrenti lamentano che un tale meccanismo limiterebbe la contendibilità della società così scoraggiando l'investimento azionario diretto con inevitabile pregiudizio della loro partecipazione azionaria che verrebbe conseguentemente deprezzata: ed infatti chiunque aspirasse al possesso azionario in AEM s.p.a. con ambizioni di governo della società sarebbe dissuaso dall'investimento, poiché anche qualora divenisse in futuro socio di maggioranza relativa (anche mediante la stipula di appositi patti di sindacato) non potrebbe comunque assicurarsi la maggioranza nel consiglio di amministrazione e con essa il controllo della società, poiché l'eventuale successo nella competizione col voto di lista verrebbe sistematicamente vanificato dall'effetto combinato della riserva di nomina diretta di cui all'art. 2449 c.c..

Con ordinanza cautelare n. 1576/04 del 10.6.2004 il Giudice remittente, dopo aver respinto una serie articolata di censure relative alla procedura di privatizzazione, ha disposto la sospensione degli effetti della delibera n. 5/04 del 8.3.2004 così motivando: "...2) Quanto alla delibera n. 5/4 del 8.3.2004 che introduce modifiche allo statuto dell'A.E.M.: a) in ordine al meccanismo di nomina degli amministratori (riserva di $\frac{1}{4}$ accanto alla partecipazione del Comune di Milano al voto di lista) il collegio osserva che le relative previsioni appaiono, allo stato, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in tema di poteri speciali in quanto introducono, di fatto, misure equivalenti a quelle

reputate incompatibili con le norme del trattato in materia di privatizzazioni e di circolazione di capitali. Con le modifiche introdotte, infatti, qualunque sia il numero dei membri del consiglio di amministrazione (7, 8 o 9 ex art. 16 dello statuto) il comune di Milano conserva sempre la maggioranza assoluta (...). Tali misure risultano persino di maggior favore rispetto alla originaria previsione di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) della legge 474 del 1994, già giudicata in contrasto con le previsioni del Trattato dalla Corte europea di giustizia con sentenza del 23 maggio 2000 resa in causa C-58/99 Commissione c. Repubblica Italiana. Tale ultima disposizione, tra i poteri speciali, prevedeva la possibilità di riservare in capo all'ente pubblico il potere di nominare sino ad $\frac{1}{4}$ dei membri del consiglio di amministrazione, mentre la recente modifica introdotta dall'art. 4, comma 227, della legge n. 350 del 2003, con cui sono state recepite le indicazioni provenienti dalla Corte di Lussemburgo, prevede il potere di nomina di un solo amministratore, peraltro senza diritto di voto. Aggiungasi che l'effetto introdotto, sul controllo reale della società privatizzanda, dal meccanismo di nomina qui censurato appare amplificato dalla considerazione della sua sostanziale immodificabilità (così operando surrettiziamente alla stregua di un vero e proprio potere speciale, in assenza, tuttavia, dei presupposti indicati dalla Corte di Lussemburgo nella citata sentenza), in quanto, conservando il Comune di Milano una partecipazione azionaria pari al 33,4%, esso detiene, *rebus sic stantibus*, un insuperabile potere di interdizione in ordine a qualsiasi proposta che dovesse essere portata in assemblea straordinaria finalizzata alla modifica dello statuto nella parte in cui disciplina il meccanismo di nomina degli amministratori (ai sensi dell'art. 126, comma 4, del d lgs. n. 58 del 24.2.1998 e degli artt. 2368 e 2369 c.c.)”.

Con ordinanza cautelare n. 3866/04 del 10.8.2004 il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale ha riformato l'ordinanza citata, *in parte qua*, respingendo pertanto l'istanza cautelare proposta, sulla scorta delle seguenti argomentazioni: "Ritenuto che la giurisprudenza comunitaria sulla quale si fonda l'ordinanza appellata, attiene a fattispecie riguardante la c.d. "share" profondamente diversa da quella per la quale oggi è causa incentrata sui poteri speciali di cui può disporre uno degli azionisti ai sensi della normativa civilistica; considerato che l'attuale controversia deve essere risolta sul presupposto non solo dell'art. 2449 c.c., ma anche delle norme comunitarie in tema di "proprietà" delle imprese "pubbliche" e di libertà di circolazione dei capitali, così come interpretati dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giust. Sent. 6 giugno 2002, n. 483/99 e 503/99); considerato che i rischi di un'eccessiva discrezionalità dell'azionista pubblico nella nomina dei consiglieri di amministrazione sono arginati dal principio di proporzionalità emergente dalla giurisprudenza comunitaria e da quelli di efficienza, imparzialità e buon andamento fissati dalla normativa nazionale che impongono scelte relative al "management" orientate a professionalità dei candidati, oltre che ad indipendenza dei medesimi candidati rispetto a ciascun gruppo consiliare e a qualsiasi amministratore locale in genere".

Chiamata la causa all'udienza del 29 settembre 2004 per la decisione nel merito, il Collegio, preso atto del diverso orientamento espresso dal Giudice di seconda istanza in ordine alla compatibilità dell'art. 2449 del codice civile con la normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei capitali come interpretata dalla Corte di Giustizia, ha ritenuto di sollevare, con la presente ordinanza, la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE.

LA NORMATIVA NAZIONALE

La legge nazionale di riferimento in materia di privatizzazione di società per azioni partecipate dallo Stato e dagli enti pubblici, anche territoriali (qual è il Comune di Milano) ed economici, è rappresentata dal decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 1994, n. 474 e successive modificazioni, recante “Norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni”. In particolare, l’art. 1 disciplina le modalità di dismissione delle partecipazioni azionarie, l’art. 2 riguarda i poteri speciali, l’art. 3 prevede la possibilità di introdurre nello statuto della società partecipata limiti di possesso azionario, mentre l’art. 4 obbliga all’introduzione negli statuti societari di una clausola per l’elezione degli amministratori mediante il voto di lista, immodificabile sintanto che permanga la previsione del limite del possesso azionario di cui all’art. 3 e ciò a garanzia delle minoranze, al fine di assicurare loro una rappresentanza, seppur minima, in consiglio di amministrazione.

Per quanto concerne più direttamente la questione interpretativa in oggetto, l’art. 2 della citata legge (significativamente modificato dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, art. 4, comma 227), al primo comma prevede espressamente che tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi sono individuate, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con altri ministri competenti per settore, “quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell’assemblea straordinaria una clausola che attribuisca...la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali...”; segue l’elencazione dei poteri speciali ed in particolare alla lettera a) è previsto il potere di opposizione all’assunzione, da parte dei

soggetti nei confronti dei quali opera il limite del possesso azionario di cui all'art. 3, di partecipazioni rilevanti; la lettera b) prevede il potere di opposizione alla conclusione di patti o accordi di cui all'art. 122 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 nel caso in cui vi sia rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria; la lettera c) prevede il diritto di veto, da motivarsi in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato, all'adozione delle delibere che incidono in modo particolarmente penetrante sulla vita della società (scioglimento, trasferimento, fusione, scissione, cambiamento dell'oggetto sociale e modifiche dello statuto che sopprimano o modifichino i poteri speciali); alla lettera d) è prevista la possibilità di riservare la nomina diretta di un amministratore senza diritto di voto.

Corre l'obbligo evidenziare, a tal ultimo riguardo, che prima delle rilevanti modifiche introdotte alla disciplina dei poteri speciali dall'art. 4, comma 227 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (tra le quali dev'essere evidenziato il passaggio dal potere di "gradimento" al potere di "opposizione" di cui alle lettere a) e b), in linea con quanto statuito dalla Corte di Giustizia in tema con la sentenza 4 giugno 2002 causa C-503/99), la previgente disciplina dell'art. 2, comma 1, lett. d) contemplava il ben più incisivo potere di "nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco".

Non è superfluo poi evidenziare, in fatto, a tal riguardo, che nella proposta di Giunta approvata dal Consiglio comunale di Milano con la delibera del 8.3.2004 n. 5/04, a differenza della proposta originaria del 13.1.2004 poi (per l'appunto) emendata, da un lato compare, per la prima volta, un riferimento alla sopravvenuta normativa di cui alla legge 24 dicembre 2003, n. 350, quale fonte di disciplina delle modifiche

statutarie oggetto del deliberato, dall'altro, nella nuova disciplina delle modalità di nomina degli amministratori scompare, nel dispositivo della delibera, il richiamo all'art. 2 lett. d) della legge n. 474/94 (pur espressamente menzionato nel preambolo della delibera) e viene introdotto, in sostituzione, un rinvio all'art. 2449 del codice civile.

Tale norma prevede, al primo comma, che: “Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più [si badi, senza limiti di sorta] amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza”.

In tal modo, mutando il parametro normativo di riferimento, ciò che non era più possibile alla luce della sopravvenuta normativa speciale in materia di dismissione di partecipazioni azionarie di enti pubblici (e cioè la nomina in via diretta di un quarto dei membri del consiglio di amministrazione) è stato reso possibile attraverso il richiamo ad una norma generale del diritto societario, contenuta nel codice civile, che pure, a rigore, fa espressamente salve, al terzo comma, “le disposizioni delle leggi speciali”.

Proseguendo nella ricostruzione della normativa nazionale dev'essere debitamente richiamato l'art. 66, commi 3 e 4 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 che disciplina, anche attraverso il rinvio ad un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, i presupposti ed i criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2, comma 1 del decreto legge 31 maggio 1994 n. 332 convertito dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, precisando che i poteri autorizzatori devono fondarsi su criteri obiettivi, stabili nel tempo e resi previamente pubblici. Il comma 3, in particolare, prevede che i citati poteri speciali possono essere introdotti solo se sono diretti alla tutela di rilevanti e imprescindibili interessi dello Stato, quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la

sanità e la difesa, in forma e misure idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi anche per quanto riguarda i limiti temporali e che i medesimi devono essere posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario e tra questi, in primo luogo, del principio di non discriminazione ed in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato.

La normativa da ultimo citata è stata successivamente integrata dall'art. 4, commi da 228 a 231 della citata legge 24 dicembre 2003, n. 350. Il comma 230, in particolare, prevede che, con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, “verranno individuati i criteri di esercizio dei poteri speciali, limitando il loro utilizzo ai soli casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato”.

Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 giugno 2004 sono stati infine ridefiniti i criteri di esercizio dei poteri speciali. L'art. 1, in particolare, dopo aver ribadito le finalità per le quali può farsi ricorso all'esercizio dei poteri speciali, conformemente all'art. 66, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed all'art. 4, comma 230 della citata legge 24 dicembre 2003, n. 350, elenca, al comma 2, in modo analitico, le circostanze di fatto che ne legittimano l'esercizio con riferimento ai poteri speciali di cui alle lettere a), b), c) della legge n. 474/94; la facoltà di nomina di un amministratore senza diritto di voto, di cui alla lettera d), viene, invece, subordinata alla ricorrenza delle sole finalità generali di cui al comma 1, in quanto, evidentemente, non è stata reputata tale da alterare in modo apprezzabile il sistema di governo interno della società per azioni privatizzanda.

Infine va osservato che l'applicabilità agli enti pubblici territoriali (e tale dev'essere qualificato il Comune di Milano secondo i principi di diritto pubblico dell'ordinamento nazionale) del quadro normativo richiamato in materia di privatizzazioni e di poteri speciali, opera in

forza dell'art. 2, comma 3 della legge n. 474/1994 a mente del quale: “Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle società controllate, direttamente o indirettamente da enti pubblici, anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici e individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante, al quale verranno riservati altresì i poteri previsti al comma 1”.

A tal fine, nella delibera del Consiglio comunale di Milano del 8 marzo 2004, n. 5/04 si legge, nel dispositivo del deliberato, “di individuare, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2, comma 3, della legge n. 474/94, la AEM S.p.a. come società oggetto di privatizzazione nel cui Statuto inserire modifiche in ossequio a quanto prescritto dalla medesima legge n. 474/1994”.

Nessun dubbio pertanto che la normativa nazionale in materia di dismissione di partecipazioni in società per azioni e di poteri speciali sia interamente applicabile al procedimento di privatizzazione della società AEM s.p.a. controllata dal Comune di Milano. Deve inoltre osservarsi, sin d'ora, che la normativa nazionale, così come assestata nella versione vigente dell'art. 2 della legge n. 474/94, sia in gran parte riprodottriva dei principi affermati in materia dalla Corte di Giustizia nelle sentenze 23 maggio 2000 causa C-58/99; 4 giugno 2002 cause C-503/99 e C-483/99; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00.

LA NORMATIVA COMUNITARIA

Ai sensi dell'art. 56 n. 1 del Trattato CE “Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente Capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi”. Ai sensi dell'art. 58 n. 1 b) del Trattato CE “Le disposizioni dell'art. 56 non pregiudicano il diritto degli Stati membri...di prendere

tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza”.

Ai sensi dell'allegato I della direttiva del Consiglio 24 giugno 1988 n. 88/361/CEE tra i movimenti di capitali vengono ricompresi i c.d. investimenti diretti tra i quali, al numero 2), viene menzionata la “Partecipazione a imprese nuove o esistenti al fine di stabilire o mantenere legami economici durevoli”. Nella definizione della nozione di “investimenti diretti” sempre il citato allegato I precisa quanto segue: “Per quanto riguarda le imprese menzionate al punto I.2 della nomenclatura e che hanno lo statuto di società per azioni, si ha partecipazione con carattere di investimento diretto, quando il pacchetto di azioni in possesso di una persona fisica, di un'altra impresa o di qualsiasi altro detentore, attribuisce a tali azionisti, sia a norma delle disposizioni di legge nazionali sulle società per azioni, sia altrimenti, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo”.

I presupposti di fatto e di diritto che consentono di limitare il diritto di partecipare effettivamente alla gestione ed al controllo di una società in relazione alla quale sia configurabile una partecipazione con carattere di investimento diretto, sono stati successivamente precisati dalla Corte di Giustizia con le sentenze 23 maggio 2000 causa C-58/99; 4 giugno 2002 cause C-503/99 e C-483/99; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00.

Ora, se nessun dubbio può essere avanzato circa la diretta applicabilità dell'art. 56 del Trattato CE in quanto previsione di carattere

chiaro, preciso ed incondizionato (cfr. Sanz de Lera e altri, cause C-163, 165 e 250/94, sentenza 14 dicembre 1995; Verkoijen, causa C-35/98, sentenza 6 giugno 2000), al contrario, per quanto concerne le sentenze 23 maggio 2000 causa C-58/99; 4 giugno 2002 cause C-503/99 e C-483/99; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00, può opinarsi (ed il Comune di Milano ha, con forza, ribadito tale tesi) che i principi ivi ripetutamente affermati non sarebbero vincolanti in quanto affermati non in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE, bensì nell'ambito di giudizi volti all'accertamento della violazione da parte degli Stati membri degli obblighi sugli stessi incombenti in forza delle previsioni del Trattato. La tesi non pare possa essere accolta, poiché anche le sentenze rese dalla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE contribuiscono indubbiamente a chiarire la portata delle norme in relazione alle quali si ipotizza l'inadempimento dell'obbligo di fonte comunitaria, sicchè i principi affermati nell'ambito di tali controversie conservano la loro vigenza nonché la loro capacità qualificatoria dell'ambito di senso della norma comunitaria anche quando la stessa, anziché essere invocata quale parametro di verifica del contestato inadempimento dello Stato membro, sia invocata dal giudice nazionale per scrutinare la conformità della norma di legge nazionale alla fonte comunitaria.

Del resto in tal senso si è già pronunciata in ambito nazionale anche la Corte Costituzionale con sentenza del 11 luglio 1989, n. 389 nella quale ha affermato che: "Poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo

diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" - vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio - non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate”.

Nel merito appare riduttivo richiamare, in questa sede, i principi ben più chiaramente espressi nelle citate sentenze cui pertanto può farsi integrale rinvio. Con formula di sintesi può dirsi che la Corte di Giustizia ha costantemente ritenuto che una normativa nazionale che limiti l'acquisto di partecipazioni o *che restringa in altro modo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di una società o al suo controllo costituisce una restrizione della libera circolazione dei capitali* (così punto 44 sentenza 13 maggio 2003 causa C-98/01 Commissione/Gran Bretagna), a meno che tali limitazioni soddisfino contemporaneamente alle seguenti condizioni: siano applicate in modo non discriminatorio; siano giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico; siano proporzionali all'obiettivo perseguito e siano fondate su criteri oggettivi e previamente conoscibili dagli interessati.

LA QUESTIONE INTERPRETATIVA

Il Giudice remittente dubita della conformità dell'art. 2449 del codice civile all'art. 56 del Trattato CE, così come interpretato nelle citate sentenze della Corte di Giustizia, in quanto la sua applicazione, viepiù se combinata con il sistema del voto di lista di cui all'art. 4 della

legge n. 474/94, introduce una severa limitazione alla possibilità di partecipazione effettiva alla gestione ed al controllo reale di una società per azioni al di fuori degli ambiti di esercizio legittimo dei poteri speciali e pertanto appare concretamente idoneo ad incidere sulla situazione dell'acquirente di una quota sociale in quanto tale, con l'effetto di dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'effettuare simili investimenti, ostacolandone l'accesso al mercato, e ciò con particolare riferimento agli operatori ed ai cittadini dell'Unione che si rivolgano all'acquisto di titoli azionari non tanto con finalità di semplice investimento del risparmio, ma con reali intenzioni di partecipare attivamente al governo della compagine societaria.

Il Consiglio di Stato, investito dell'appello cautelare avverso l'ordinanza che aveva rilevato la predetta non conformità della normativa nazionale in questione con l'art. 56 del Trattato CE, è andato, come si è detto, di diverso avviso, sicchè la portata del citato art. 56 non può ritenersi del tutto chiara e tanto basta, a parere del Giudice remittente, per ritenere sussistente una questione interpretativa. Il contrasto giurisprudenziale emerso in sede cautelare si incentra principalmente sulla applicabilità dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia in materia di poteri speciali anche a quei poteri esorbitanti di cui può disporre l'azionista pubblico, in qualità di socio privato, ai sensi della normativa civilistica e segnatamente, per l'ordinamento italiano, dell'art. 2449 c.c..

Il Comune di Milano nei propri scritti difensivi ribadisce con forza di aver agito come socio privato di una società per azioni e di aver fatto applicazione di una norma del codice civile, da sempre presente nello statuto societario di AEM s.p.a., che per l'appunto contempla la possibilità di una tale riserva di nomina diretta degli amministratori: la modifica in questione sarebbe pertanto espressione di autonomia

negoziale dei soci aderenti al patto sociale e sarebbe stata regolarmente deliberata dall'assemblea straordinaria nel rispetto dei principi di diritto privato che presiedono al governo delle società per azioni nell'ordinamento nazionale. Coerentemente con tale prospettazione il Comune di Milano contesta altresì la giurisdizione del giudice amministrativo dovendo, a suo dire, una tale questione, di stretto diritto commerciale, essere trattata dal giudice ordinario competente in materia societaria. La linea difensiva è sostanzialmente analoga a quella spiegata dal Governo inglese nella causa C-98/01 decisa con sentenza 13 maggio 2003.

In via preliminare occorre evidenziare che l'oggetto immediato della causa principale non è rappresentato dalle modifiche introdotte nello Statuto societario di AEM s.p.a. dall'assemblea straordinaria dei soci bensì, per quanto qui rileva, dalla delibera 8 marzo 2004 n. 5/04 del Comune di Milano che, al pari della precedente delibera n. 4/04 con la quale è stato deliberato di procedere alla privatizzazione (e cioè alla perdita del controllo di diritto) della AEM s.p.a., dev'essere qualificata quale atto amministrativo espressione della funzione di governo (in particolare di quella di indirizzo politico amministrativo) dell'ente locale. Oggetto del giudizio pertanto non è la conformità a legge dello Statuto di una società per azioni, bensì la legittimità o meno del provvedimento amministrativo con il quale quelle modifiche sono state decise ed individuate alla stregua (come si è visto) di un presupposto irrinunciabile ed indefettibile del procedimento amministrativo di privatizzazione comportante la perdita del controllo di diritto sulla AEM s.p.a..

Per una migliore comprensione del contesto giuridico nazionale alla luce del quale dev'essere vagliata la presente questione occorre inoltre aggiungere quanto segue. A parere del Giudice remittente, poiché non è

revocabile in dubbio che la delibera del comune abbia natura provvedimentale, è ad essa che va ricondotto l'effetto volitivo delle modifiche dello Statuto di AEM s.p.a., mentre la delibera dell'assemblea straordinaria dei soci di AEM s.p.a. deve ritenersi meramente esecutiva della determinazione amministrativa impugnata nel giudizio principale; in tal senso militano le seguenti considerazioni: già dall'analisi delle due delibere comunali impuginate emerge che è il Comune di Milano che "approva" le modifiche dello Statuto di AEM s.p.a., mentre l'assemblea straordinaria di AEM s.p.a. si limita ad "introdurre" (non certo a deliberare) nello statuto societario le modifiche approvate dal Consiglio comunale. La centralità della delibera comunale in ordine alla produzione dell'effetto costitutivo si desume, altresì, dal più volte citato art. 2 della legge n. 474 del 1994, che subordina la dismissione del pacchetto azionario di maggioranza alla modifica "obbligatoria" (la norma dice "deve essere introdotta") dello statuto societario mediante inserzione di clausole che prevedano uno o più dei poteri speciali previsti dalla norma. Non pare, pertanto, che la modifica statutaria possa essere qualificata come espressione di autonomia negoziale della compagine societaria, secondo i meccanismi di diritto privato delle società, derivando da un obbligo di fonte legale, funzionalmente collegato alla determinazione amministrativa discrezionale dell'ente pubblico di procedere alla privatizzazione sostanziale della società, di cui pertanto costituisce momento meramente attuativo, secondo una relazione di presupposizione tra provvedimento amministrativo ed atto negoziale (sia esso un contratto od un atto unilaterale) piuttosto ricorrente in ambito nazionale (ad esempio nei contratti così detti ad evidenza pubblica, in cui la stipula del contratto è preceduta dall'individuazione del contraente privato tramite un procedimento amministrativo che si conclude con un provvedimento amministrativo di aggiudicazione; nelle concessioni-

contratto in cui il rapporto tra amministrazione concedente e privato viene costituito in forza di un provvedimento amministrativo, mentre i profili patrimoniali del rapporto sono disciplinati tramite un contratto accessivo al provvedimento concessorio; ed ancora nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in cui spesso gli atti privatistici di gestione del rapporto, assunti dal datore di lavoro pubblico, si inscrivono nell'ambito di assetti organizzativi fissati autoritativamente tramite provvedimenti amministrativi di carattere organizzativo ecc...).

Ne discende che la delibera assembleare in questione, in quanto obbligatoria per legge e soprattutto funzionalmente collegata, per espressa volontà del Consiglio comunale di Milano, alla determinazione discrezionale di disporre la privatizzazione, non pare davvero possa essere qualificata alla stregua di un atto interno alla vita della società (con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione), bensì come atto necessitato previsto dalle norme che disciplinano il procedimento amministrativo di privatizzazione e segnatamente dall'art. 2, comma 1, della legge n. 474 del 1994.

In definitiva il giudice remittente dubita che, nel caso di specie, l'introduzione nello Statuto societario della previsione del codice civile che autorizza una riserva di nomina diretta degli amministratori in favore dell'ente pubblico discenda dalla normale applicazione della normativa civilistica in materia di società, dovendosi più propriamente imputare la modifica statutaria in questione direttamente alla volontà dell'ente pubblico territoriale, in veste di autorità pubblica, in quanto assunta, peraltro in applicazione di uno specifico obbligo di legge, alla stregua di un presupposto di fatto della determinazione amministrativa di procedere alla privatizzazione sostanziale (e cioè alla cessione di un numero di azioni tale da comportare la perdita del controllo di diritto) della società controllata.

Il Comune di Milano obietta che i principi sanciti dalla Corte di Giustizia nelle citate sentenze troverebbero applicazione soltanto nei casi in cui l'ente pubblico non detenga più una partecipazione di controllo, mentre nel caso di specie i poteri conferitigli troverebbero piena corrispondenza nella misura rilevante della partecipazione azionaria mantenuta dallo stesso nella società. Ci si limita ad osservare, in fatto, a tal riguardo che, se così fosse, non sarebbe dato comprendere per quale ragione il Comune di Milano abbia fatto sistematica applicazione della legge n. 474/94 e, segnatamente dell'art. 2 sui poteri speciali, il cui presupposto applicativo è per l'appunto "la perdita del controllo". Il ragionamento appare, pertanto, una petizione di principio e conferma indirettamente che la nozione di perdita del controllo fa riferimento al controllo di diritto, non a quello di fatto, sicchè la conservazione del mero controllo di fatto o comunque di una partecipazione strategica non potrebbe legittimare, in sé, la previsione di poteri esorbitanti al di fuori dei casi ed in assenza dei presupposti applicativi indicati dalla giurisprudenza comunitaria in tema, mentre, per l'inverso, la riserva obbligatoria di uno o più dei poteri speciali tipizzati dalla legge, prevista per il caso di perdita del controllo di diritto, conferma che il controllo di fatto non è reputato idoneo, almeno secondo la normativa nazionale, a garantire il controllo pieno della società. Ad ogni modo il Giudice remittente dubita che l'art. 2449 c.c. sia compatibile con l'art. 56 del Trattato CE quantomeno allorquando ad avvalersene sia un ente pubblico che, pur avendo perso il controllo di diritto della società per azioni partecipata, conservi tuttavia una partecipazione rilevante (nella specie del 33,4%), ma non tale da giustificare l'esorbitante potere di controllo reso possibile, nel caso in esame, mediante il concreto utilizzo della norma civilistica in questione.

La questione interpretativa si connota peraltro di un ulteriore profilo di problematicità: se è vero, infatti, che l'art. 2449 c.c. è stato dichiaratamente assunto dal Comune di Milano tra le modifiche da introdurre obbligatoriamente nello Statuto di AEM s.p.a. in funzione della ulteriore cessione di titoli azionari (e tanto basterebbe probabilmente per affermare che il Comune di Milano abbia agito in veste di autorità), è pur vero che il riferimento al medesimo articolo del codice civile già compariva in precedenza nello Statuto di AEM s.p.a. (sebbene sotto la diversa numerazione dell'art. 2458 c.c.). E' possibile, pertanto, riproporre sotto altra angolazione il quesito se il Comune di Milano, nel fare applicazione di tale norma, prevista dallo Statuto prima ancora che dal codice civile, abbia in realtà fatto ricorso, né più e né meno, ai normali meccanismi del diritto societario. La questione è assai dubbia ed investe la natura giuridica della società per azioni a partecipazione pubblica totalitaria, istituita dall'ente pubblico locale per la gestione dei servizi pubblici di competenza. La AEM s.p.a è stata, infatti, costituita nell'ottobre 1996 ai sensi dell'art. 22 lett. e) della legge 8 giugno 1990 a seguito della decisione del Consiglio comunale di Milano di revocare l'Azienda energetica municipale; nel 1998 è stata quotata in borsa e vi è stata una prima cessione di titoli azionari in forza della quale il Comune di Milano, al momento, detiene il 51% del capitale. E' con la nascita della s.p.a. nel 1996 che presumibilmente (in assenza di più precisa documentazione sul punto) è stato inserito nello Statuto il riferimento all'art. 2458 c.c., poi divenuto 2449 c.c.. Senonchè la giurisprudenza nazionale del giudice costituzionale, amministrativo nonchè di quello ordinario, ha affermato, in diverse occasioni, che le società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria (e ancor più se a partecipazione totalitaria) rappresentano in realtà organi dell'ente pubblico controllante o, quanto meno, società di diritto speciale,

permanendo in capo ad esse connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica (così Corte Costituzionale 28 dicembre 1993, n. 466, che ha conseguentemente affermato la persistenza, su tale tipologia di società per azioni, del controllo della Corte dei Conti indirizzato, di regola, agli enti pubblici cui lo Stato contribuisce in via ordinaria) e ciò fintanto che non venga dismesso il pacchetto azionario di maggioranza. Ne discende che è lecito dubitare, attesa la natura sostanzialmente pubblica della società per azioni a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria, se il richiamo, operato nello Statuto, di una norma quale l'art. 2449 c.c. possa ritenersi effettivamente espressione del funzionamento ordinario dei meccanismi di diritto privato nell'ambito di una società per azioni di diritto comune o, detto diversamente, se il momento genetico della società per azioni, e, con essa, delle previsioni statutarie, sia privatistico anziché pubblicistico.

Se si ritenesse che in un'ipotesi di tal fatta il Comune di Milano abbia in realtà agito in veste di autorità pubblica (cfr. punto 48 della sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2003 in causa C-98/01 Commissione/Gran Bretagna) dovrebbe ragionevolmente concludersi che anche l'esercizio dei poteri esorbitanti di cui all'art. 2449 c.c., per essere legittimo, debba soggiacere ai limiti di compatibilità ed ai presupposti applicativi previsti in generale per l'esercizio dei poteri speciali di cui, per converso, non v'è traccia alcuna né nell'art. 2449 c.c., né nella delibera del Consiglio comunale n. 5/04.

A tal ultimo proposito dev'essere evidenziato che né l'art. 2449 c.c., né la delibera del 8 marzo 2004 n. 5/04 che l'ha richiamato, né altra norma di legge interna individuano i motivi di interesse generale cui finalizzare l'esercizio della facoltà di nomina degli amministratori, riservata in capo al Comune di Milano, né precisano le concrete circostanze di fatto alla cui ricorrenza subordinarne l'impiego, tenuto

altresì conto che la AEM s.p.a. opera in gran parte in un settore sottoposto al controllo di un'autorità di regolazione (l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas) la cui funzione di garanzia appare già di per sé idonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio pubblico e comunque il perseguimento della missione affidata al gestore del servizio. La mancata indicazione delle finalità di interesse generale non consente neppure di procedere al così detto test di proporzionalità, difettando il parametro in relazione al quale accertare se la misura adottata vada, in realtà, oltre quanto necessario per il raggiungimento dello scopo. Ad ogni modo, sul punto può osservarsi, in via generale, che il controllo della società avrebbe comunque potuto essere garantito con modalità meno limitative attraverso la stipula di patti parasociali ai sensi dell'art. 122 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e, comunque, possibili finalità imperative di interesse pubblico appaiono già adeguatamente salvaguardate dalla possibilità di esercizio dei poteri speciali che il Comune di Milano, in veste di autorità, si è riservato con la delibera del 8 marzo 2004 n. 5/04, ai sensi dell'art. 2 comma 1, lettere b) e c) della legge n. 474 del 1994 (si veda sul punto la citata delibera a p. 2 e 3). Infine la riserva di nomina ai sensi dell'art. 2449 c.c. non è soggetta a limitazioni temporali ed è previsione sostanzialmente immodificabile senza il consenso del Comune di Milano (anche quando deterrà il 33,4% del capitale), stante la maggioranza dei due terzi richiesta per le modifiche statutarie (cfr. sul punto pagina 3 e 4 della delibera del Consiglio comunale di Milano del 8 marzo 1994, n. 5/04).

Il Comune di Milano su altro piano, ribadisce di aver rispettato i principi che governano la libera circolazione dei capitali facendo propria l'affermazione del Consiglio di Stato secondo cui il socio pubblico, nella scelta del *management*, sarebbe comunque obbligato, in forza della normativa nazionale, al rispetto di criteri di professionalità, capacità ed

indipendenza. L'argomento, tuttavia, appare non pertinente, poiché nel caso di specie non è in questione il rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento nella scelta dei membri del consiglio di amministrazione da parte del socio pubblico, quanto piuttosto il diritto dei soci privati di AEM s.p.a. e dei potenziali futuri acquirenti di scegliere loro gli amministratori che ritengano maggiormente capaci di garantire il perseguimento dell'interesse sociale: è sotto tale profilo che l'art. 56 del Trattato CE si assume lesa.

Il Consiglio di Stato, come si è detto, è andato di contrario avviso, opinando sostanzialmente che si tratterebbe, in realtà (a quanto è dato comprendere), dell'utilizzo di meccanismi di diritto societario di cui il Comune di Milano si sarebbe avvalso alla stregua di un socio ordinario. Occorre pertanto investire la Corte di Giustizia della relativa questione interpretativa, non essendo chiara la portata dell'art. 56 del Trattato CE in una vicenda quale quella per cui è causa laddove la matrice, di regola autoritativa, dei poteri speciali si intreccia con la natura privatistica di taluni poteri esorbitanti riconosciuti agli enti pubblici dal diritto commerciale nazionale. In particolare, il principio di diritto affermato al punto 48 della sentenza del 13 maggio 2003 in causa C-98/01 appare meritevole di ulteriore sviluppo argomentativo, in quanto non sufficiente di per sé a dirimere la questione interpretativa in oggetto.

Per l'ipotesi in cui la Corte di Giustizia ritenesse che il Comune di Milano, quale socio di maggioranza assoluta, abbia legittimamente fatto ricorso all'art. 2449 del codice civile per garantirsi (allorquando diverrà socio di maggioranza relativa) la riserva di nomina di un quarto dei membri del Consiglio di amministrazione della società privatizzanda, trattandosi dell'impiego di meccanismi di diritto privato delle società non soggetti ai rigorosi presupposti di applicazione cui soggiacciono la previsione nonché l'esercizio dei poteri speciali, il Giudice remittente

chiede se l'art. 2449 del codice civile sia conforme all'art. 56 del Trattato CE nella misura in cui, applicato congiuntamente ad altra norma nazionale, quale, nel caso di specie, l'art. 4 della legge n. 474 del 1994, garantisca al socio pubblico di maggioranza relativa, sempre e comunque, la maggioranza assoluta nel consiglio di amministrazione della società.

Se, per i motivi detti, l'art. 2449 c.c. appare, già in sé, suscettibile, quanto meno, di limitare la partecipazione effettiva alla gestione ed al controllo di una società, l'applicazione combinata con il citato art. 4 ha come risultato il ben più grave effetto di interdire qualsivoglia possibilità di partecipazione effettiva al governo della società anche da parte del socio o del gruppo di soci uniti da un patto di sindacato (in ipotesi non interdetto dal potere di opposizione di cui all'art. 1, comma 2 lett. b) della legge n. 474/94) in grado di controllare una percentuale di azioni con diritto di voto superiore a quella detenuta dal Comune di Milano all'esito della privatizzazione (pari al 33,4%). E la situazione non sarebbe diversa in caso di un'offerta pubblica di acquisto, anche totalitaria (ma con esito solo parziale), che portasse taluno a detenere una percentuale di azioni ben al di sopra del 33,4% che il Comune di Milano conserverà a cessione avvenuta.

In via subordinata il Giudice remittente chiede, infine, se sia compatibile con l'art. 56 del Trattato CE, così come interpretato dalla Corte di Giustizia nelle citate sentenze, una norma nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile, la cui applicazione determini, in concreto (e cioè per come applicata), l'aggiramento di altra disposizione di legge nazionale, quale l'art. 2, comma 1, lett. d) della legge n. 474/94, a sua volta conforme al predetto art. 56. Nella ricostruzione in fatto si è già evidenziato, infatti, che, nell'ambito del procedimento di privatizzazione della AEM s.p.a., il riferimento all'art. 2449 del codice civile compare

solo nella proposta di delibera poi approvata in data 8 marzo 2004, nella quale il Comune di Milano prendeva atto, citandola espressamente (anche ai fini delle ulteriori modifiche da apportare allo statuto di AEM), dell'entrata in vigore della legge 24 dicembre 2003 n. 350. Tale legge, come si è già detto, all'art. 4, commi da 227 a 231, ha riscritto la disciplina dei poteri speciali e tra questi anche di quello di nomina degli amministratori, di cui alla lettera d) dell'art. 2, comma 1 della legge n. 474/94, autorizzando la nomina di un solo amministratore senza diritto di voto, mentre la previgente versione consentiva la nomina di un numero di amministratori sino ad un quarto dei membri del consiglio oltre ad un sindaco. Il Comune di Milano, non potendosi più assicurare il controllo totalitario del consiglio di amministrazione della AEM s.p.a. in quanto la lettera d) dell'art. 2, comma 1, era stata nel frattempo modificata sulla scia della giurisprudenza comunitaria formatasi in tema, ha presumibilmente ritenuto di poter conseguire il medesimo effetto facendo applicazione dell'art. 2449 c.c. (pur mantenendo fermo nel preambolo del deliberato, a p. 5, il richiamo all'art. 2, comma 1, lett. d) della legge n. 474/94) che, come detto, consente all'ente pubblico con partecipazioni in una società per azioni di nominare uno o più amministratori. Così facendo il Comune di Milano, avvalendosi, in qualità di socio, di una norma generale del diritto societario, ha di fatto aggirato la ben più restrittiva norma di legge sul potere speciale di nomina degli amministratori (nel frattempo modificata al fine di renderla conforme con l'art. 56 del Trattato CE) che avrebbe potuto applicare in veste di autorità, ma di cui non ha ritenuto di avvalersi in quanto presumibilmente non più funzionale all'obiettivo di assicurarsi il controllo del consiglio di amministrazione della AEM s.p.a.. In definitiva, facendo leva sulla duplicità di veste di socio e di pubblica autorità, ha rinunciato, come autorità, ad un potere che ha poi potuto

comunque esercitare, in modo ben più incisivo, ma di dubbia compatibilità con l'art. 56 del Trattato CE, in qualità di socio ed in forza della normativa di diritto privato.

In definitiva si chiede alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, alla luce dei motivi tutti sopra esposti, se:

1. l'art. 2449 del codice civile, così come applicato nella vicenda per cui è causa, possa ritenersi conforme all'art. 56 del Trattato CE come interpretato con le sentenze 23 maggio 2000 causa C-58/99; 4 giugno 2002 cause C-503/99 e C-483/99; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00, allorquando ad avvalersene sia un ente pubblico che, pur avendo perso il controllo di diritto della società per azioni, conservi una partecipazione rilevante (pari, nel caso di specie, al 33,4%) quale socio di maggioranza relativa, così ottenendo uno sproporzionato potere di controllo;

2. l'art. 2449 del codice civile, applicato congiuntamente all'art. 4 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474, possa ritenersi conforme all'art. 56 del Trattato CE come interpretato con le sentenze della Corte di Giustizia 23 maggio 2000 causa C-58/99; 4 giugno 2002 cause C-503/99 e C-483/99; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00, allorquando ad avvalersene sia un ente pubblico che, pur avendo perso il controllo di diritto della società per azioni, conservi una partecipazione rilevante (pari, nel caso di specie, al 33,4%) quale socio di maggioranza relativa, così ottenendo uno sproporzionato potere di controllo;

3. l'art. 2449 del codice civile possa ritenersi conforme all'art. 56 del Trattato CE come interpretato con le sentenze della Corte di Giustizia 23 maggio 2000 causa C-58/99; 4 giugno 2002 cause C-503/99 e C-483/99; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00 nella misura in cui,

così come concretamente applicato, realizza un effetto in contrasto con altra disposizione di legge nazionale (e segnatamente con l'art. 2, comma 1, lett. d) del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474) a sua volta conforme all'art. 56 del Trattato CE e comunque riproduttiva, quanto a condizioni di esercizio ed a presupposti applicativi, dei principi affermati dalle citate sentenze della Corte di Giustizia in materia di poteri speciali.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, I sezione, non definitivamente pronunciando, così provvede:

- rimette gli atti del presente procedimento alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE;
- sospende il presente giudizio.

Manda la segreteria per gli adempimenti di competenza ai fini della trasmissione di copia autentica della presente ordinanza alla Corte di Giustizia unitamente a copia integrale degli atti di causa.

Milano, 29.9.2004.

Il Presidente

Dott. Ezio Maria Barbieri

Il Giudice relatore

Dott. Luca Monteferrante