



TRIBUNALE DI CAGLIARI

sezione specializzata in materia di imprese

ORDINANZA

Il giudice, letto il ricorso ex art. 2738 cc. 3 e 4 c.c. proposto da **Regione Autonoma della Sardegna**, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mattia Pani, Sonia Sau e prof. Gabriele Racugno

contro

Gestioni Aeroporti Sardi (GEASAR S.p.A.) Società Gestione Aeroporti - Alghero, SO.GE.A.AL. S.p.A., rappresentati e difesi dagli avv.ti Roberto Bonsignore, Carlo Santoro e Franco Tului

OSSERVA

1. Con atto di citazione, la Regione Autonoma della Sardegna, in qualità di socio delle società resistenti, ha impugnato *ex art. 2378*, comma 1, c.c. le delibere assunte in data 29 maggio 2023 dalle assemblee straordinarie di GEASAR S.p.A., società concessionaria dell'aeroporto di Olbia e SO.GE.A.AL. S.p.a., concessionaria della gestione dell'aeroporto di Alghero, con le quali è stato approvato il progetto di fusione per incorporazione della prima nella seconda.

Con contestuale ricorso *ex art. 2378*, comma 3, c.c. la Regione Sardegna ha chiesto la *“la sospensione dell’esecuzione delle delibere ... poiché gravemente pregiudizievoli”*.

Le società si sono costituite nel presente procedimento cautelare contestando l'avvera pretesa.

2. I fatti posti a fondamento della domanda cautelare sono pacifici e puntualmente descritti dalle parti nei rispettivi scritti difensivi. In ragione della particolare urgenza della decisione, in questa sede è dunque sufficiente ad essi fare riferimento. Le questioni sottoposte allo scrutinio urgente di questo Tribunale sono puramente in diritto e vertono sulla eccepita invalidità delle delibere assembleari che hanno approvato il progetto di fusione tra le due società per violazione di norme imperative e di statuto.

Segnatamente, la Regione, socia di entrambe le società, contesta la validità delle delibere e della progettata fusione, la quale determinerà la concentrazione delle concessioni governative per la gestione degli aeroporti di Alghero e Olbia in capo ad un unico soggetto (l'incorporante Geasar che assumerà la nuova denominazione di Nord Sardegna Aeroporti) e avrà quale ulteriore conseguenza, per effetto del concambio delle azioni, l'annacquamento della partecipazione della Regione Sardegna (2,93%) rispetto alla partecipazione detenuta nella società incorporata Sogeal (23,06%).

La Regione ha mosso alle delibere impugnate una serie di contestazioni che, per questioni di ordine logico e strutturale possono essere distinte in due gruppi.

Un primo gruppo di contestazioni muovono dal presupposto che il progetto di fusione, determinando l'acquisizione della concessione dell'aeroporto di Alghero nella società incorporante, violerebbe la disciplina delle concessioni aeroportuali e della circolazione delle partecipazioni pubbliche in società miste di capitali. Segnatamente, secondo la prospettiva della ricorrente, la fusione violerebbe:

1. l'art. 704 del Codice della Navigazione, ai sensi del quale le concessioni aeroportuali possono essere assegnate solamente a seguito di procedura ad evidenza pubblica;

2. gli artt. 10, comma 2, e 17, comma 1, del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (recante Testo Unico delle Società Partecipate “TUSP”) nonché l’art. 5, comma 9, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante il Codice degli Appalti previgente) ai sensi delle quali norme le partecipazioni delle società partecipate da enti pubblici possono essere oggetto di trasferimento solamente a seguito di procedure ad evidenza pubblica.

Un secondo gruppo di contestazioni, invece, attiene alla violazione di disposizioni di legge e di statuto che attribuirebbero al socio Regione particolari poteri e prerogative, che verrebbero eluse dalla fusione. Si tratta in particolare delle seguenti disposizioni:

3. art. 8 dello Statuto di SO.GE.A.AL. che consente la circolazione delle partecipazioni previo consenso della Regione;

4. artt. 4 e 5 del D.M. 12 novembre 1997, n. 521, di attuazione dell’art. 10, comma 13, della Legge 24 dicembre 1993, n. 537 che prevedono soglie minime di partecipazione pubblica.

3. Con la prima censura, la Regione ritiene che la fusione si porrebbe in contrasto con la norma dell’art. 704 C.N. che prescrive una “*selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica*” per la assegnazione della concessione della gestione totale aeroportuale.

La prospettazione della Regione ritiene che mediante la fusione, la concessione dell’aeroporto di Alghero verrebbe attribuita, in assenza di gara, ad un nuovo soggetto (Nord Sardegna Aeroporti).

La tesi è effettivamente suggestiva ma ad avviso del Tribunale non è questa la sede per poterla esaminare.

L'invalidità della delibera assembleare presuppone – nella prospettazione della ricorrente – che essa sia stata adottata in difformità dalla legge, ovvero in contrasto con una norma imperativa.

Senza voler riprendere il lungo dibattito sul concetto di violazione di norma imperativa, si è però da tempo osservato che il vizio di invalidità presuppone che il divieto ricada sull'atto stesso e che sia dunque l'atto ad essere stigmatizzato dall'ordinamento in quanto persegue un risultato che l'ordinamento vuole impedire. Nel caso specifico, il precetto asseritamente violato, e dunque il divieto posto dalla norma, non cade sul progetto di riorganizzazione societaria che le assemblee sociali hanno approvato, bensì sulla attribuzione di una concessione governativa senza gara: detto altrimenti, ciò che è vietato dall'ordinamento è l'assegnazione di una concessione senza gara, ma non la fusione tra due società che svolgono attività di gestione aeroportuale in concessione.

La violazione dell'art. 704 C.N., dunque, non è diretta conseguenza della fusione, ma è solamente una tra le tante conseguenze indirette della fusione che, in astratto, possono entrare in contrasto con una norma imperativa.

D'altronde, se la fusione comporterà una violazione del regime concessorio, alle autorità preposte spetterà assumere le conseguenti determinazioni in punto di eventuale revoca della concessione, decisione che sarà eventualmente contestata davanti al giudice amministrativo.

Le parti hanno del resto confermato che la richiesta di subingresso nella concessione è all'esame dell'autorità amministrativa che, allo stato, non ha ancora concesso l'autorizzazione prevista dall'art. 46 C.N.. Indipendentemente dalla applicabilità al caso concreto di quella norma, contestata dalla Regione, è certo che sarà in quella sede che si giocherà la partita della traslazione della concessione senza gara dalla società incorporata a quella incorporante, fermo restando che ciò

non potrà influire sulla decisione privatistica delle due società di fondersi tra di loro, fusione che non è vietata dall'ordinamento e che, al più, potrebbe comportare un rischio per la società incorporante, consistente nella perdita di un bene (la concessione) già acquisito al patrimonio della incorporata.

Insomma, la libera scelta delle compagini sociali di creare un unico soggetto imprenditoriale non si pone in contrasto con la norma invocata dalla Regione, ma la sua esecuzione, di per sé lecita, può comportare la violazione di svariate norme imperative che non colorano di invalidità la fusione.

4. Sotto altro profilo, la ricorrente lamenta la violazione: i) dell'art. 5, comma 9, del Codice degli Appalti previgente e dell'art. 17, comma 1¹, del TUSP che consentono la costituzione di società miste per la gestione di servizi pubblici, a condizione che la *“scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”*; dell'art. 10, comma 2, del TUSP², che in caso di partecipazione mista, prescrive il *“rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione”* per la cessione delle partecipazioni.

Secondo la Regione, l'operazione straordinaria di fusione determinerebbe il *“trasferimento”* delle partecipazioni in Sogeval in favore di un terzo soggetto privato,

¹ *“Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'[articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016](#) e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista”*.

² *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 da' 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”.

ovvero F2I Smeralda, titolare del capitale di maggioranza di Geasar, senza previa procedura pubblica di selezione.

Obiettano le società resistenti che la disciplina richiamata dalla Regione non si attagli al caso di specie, atteso che l'operazione straordinaria congegnata in concreto non determina alcun fenomeno di trasferimento o alienazione di quote e che la selezione pubblica per la scelta del soggetto privato nelle società miste deve avvenire mediante solo nel momento in cui viene costituita la società e, contestualmente, affidato il servizio o la gestione.

5. La fusione per incorporazione, secondo le ricostruzioni più recenti accolte dalla giurisprudenza di legittimità, determina l'estinzione della società incorporata e l'attribuzione dei suoi rapporti giuridici alla società incorporante, secondo un fenomeno successorio universale. Le partecipazioni nella società incorporata, conseguentemente, si estinguono anch'esse per essere automaticamente sostituite, secondo il rapporto di cambio, con una partecipazione di eguale valore patrimoniale nella società incorporante. Dunque, sotto un profilo tecnico e formalistico, non ricorre una ipotesi di trasferimento o alienazione della partecipazione nella società incorporata, la cui natura di investimento nel capitale viene in vero confermata e valorizzata, in una diversa forma, nella società incorporante, per effetto del fenomeno di integrazione e compenetrazione organizzativa ed economica tra le società coinvolte nella fusione (Cass. Civ., SS.UU., 30.7.2021, n. 21970).

Al contempo, è altresì vero che la fusione, determinando l'attribuzione alla società incorporante Geasar della gestione dell'aeroporto di Alghero, non rientra letteralmente nella previsione dell'art. 17 co. 1 TUSP, che, come evidenziano le società resistenti, presuppone la contestualità della scelta del socio e dell'attribuzione del servizio pubblico, vicenda che si è già verificata allorquando

venne costituita la Sogeval con contestuale selezione del socio F2I Ligantia e attribuzione della concessione aeroportuale totale.

6. Ciò precisato, ed escluso che ricorrano le ipotesi descritte dal TUSP in senso stretto, si deve muovere dalla considerazione che il Testo unico delle società partecipate non si occupa direttamente di regolare le operazioni straordinarie tra società partecipate, se non in alcune limitate ipotesi espressamente previste.

E' poi noto che, secondo il principio generale di cui all'art. 1 comma 3 TUSP, in assenza di specifiche disposizioni, alle società partecipate si applica la disciplina generale codicistica.

La combinazione di questi due principi non porta tuttavia ad affermare semplicisticamente che ogni operazione non contemplata, tra cui quella di fusione, non possa essere assoggettata alla disciplina pubblicistica del TUSP e sia sorretta unicamente dalle regole di aggregazione societaria dettate dal codice civile.

La più recente giurisprudenza amministrativa³, chiamata a delibare la legittimità di operazioni straordinarie coinvolgenti società partecipate⁴, ha affermato il principio secondo cui l'applicabilità della disciplina del TUSP non è vincolata alla ricorrenza formalistica delle ipotesi ivi previste, ma richiede un accertamento sostanziale degli

³ Consiglio di Stato, sentenze nn. 6142 del 1° settembre 2021 e 6213 del 6 settembre 2021;

⁴ La complessa operazione esaminata dal giudice amministrativo è consistita, in sintesi, nel trasferimento da parte di una società privata di un ramo d'azienda in favore di una società a totale partecipazione pubblica in cambio dell'attribuzione di una partecipazione nella stessa società a totale partecipazione pubblica, con conseguente aumento di capitale e ingresso nella compagine di un soggetto terzo, senza selezione pubblica e con "diluizione" della quota di partecipazione pubblica.

effetti dell'operazione straordinaria per verificare se tali effetti coincidono con le vicende previste e regolate dal TUSP⁵.

Dunque, occorre ricostruire gli effetti dell'operazione e confrontarli con le disposizioni del TUSP e con la *ratio* ad esse sottese.

7. La regola della competitività è finalizzata ad assicurare il principio del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione ed è dunque un presidio della massimizzazione delle risorse pubbliche e del perseguimento del miglior risultato (economico, funzionale etc.). Ogni cessione di un bene pubblico deve avvenire alle migliori condizioni possibili.

Per quanto concerne gli effetti della fusione, come si è già accennato, essa determina la estinzione della società mista Sogeal, già partecipata dal socio privato F2I Ligantia con una quota di maggioranza, e la incorporazione di tutte le situazioni giuridiche ad essa riferibili nella Geasar, anch'essa società mista già partecipata dal socio privato di maggioranza F2I Smeralda. Conseguentemente, la concessione aeroportuale di Alghero verrà incamerata dalla società Geasar (sotto il nuovo nome di Nord Sardegna Trasporti), il cui socio privato di maggioranza diventerà F2I Smeralda, determinando in tal modo la costituzione di un unico soggetto titolare della gestione degli scali del Nord Sardegna. Sinteticamente, dunque, la concessione aeroportuale di Alghero transiterà da una società ad un'altra ed al contempo muterà il partner privato di riferimento, originariamente scelto mediante selezione pubblica.

⁵ Secondo il giudice amministrativo, “*il principio pro-concorrenziale opera nella prospettiva funzionale dell'effetto utile e il correlativo apparato precettivo va considerato di natura materiale e non formale*”.

Se tali sono gli effetti della fusione, ritiene il Tribunale che la criticità segnalata dalla Regione circa la assenza di una procedura ad evidenza pubblica non sembra sussistere nel caso concreto.

Nei precedenti richiamati, il Consiglio di Stato, dopo avere osservato che “è *l’allargamento della compagine sociale a soci privati o la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati*” a rendere applicabili i “*vincoli stabiliti prettamente per le società c.d. miste*”, ha precisato che quando una società partecipata progetti la fusione con una società privata “*al fine di dare corretta attuazione al disposto dell’art. 17 T.U., il progetto di fusione deve esattamente indicare la società privata selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica – precisando, peraltro, i compiti operativi del socio privato – e predeterminare il rapporto di cambio in modo che al socio privato venga assegnata una quota di partecipazione non inferiore al 30% del nuovo capitale sociale della società derivante dalla fusione*”.

Secondo le pronunce citate, la selezione pubblica del partner privato è necessaria o quando viene costituita la società a partecipazione mista, oppure quando la compagine pubblica venga aperta all’esterno anche attraverso operazioni straordinarie.

Si tratta insomma di tutte quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione opta per la gestione di un bene pubblico attraverso il partenariato pubblico-privato.

Quando invece ciò sia già avvenuto e dunque sia già stato individuato il soggetto privato con cui cooperare all’interno di una società per l’assegnazione di un contratto di appalto o della gestione di un servizio, ogni eventuale modifica soggettiva deve essere letta in funzione dell’effetto specifico che produce, muovendo dal principio generale che se è l’ente pubblico a cedere o dismettere sotto qualsiasi forma, anche tramite operazioni straordinarie, le proprie

partecipazioni, esso sarà tenuto al rispetto dell'evidenza pubblica (art. 10 TUSP), mentre se è il privato a cedere le partecipazioni, non si può porre un problema di evidenza pubblica.

In altri termini, la decisione del soggetto privato di modificare l'assetto soggettivo della società partecipata non può essere condizionata alla evidenza pubblica poiché non si pone una questione di "miglior risultato economico" dell'operazione, atteso che l'effetto (positivo o negativo) dell'operazione si radica solo sul patrimonio del privato.

Del resto, il TUSP non vieta o regola espressamente la circolazione delle partecipazioni del privato, dovendosi ritenere applicabile la disciplina codicistica della libera circolazione, fatte salve le eventuali condizioni soggettive o prescrizioni (quali quelle sul capitale minimo) previste dalla legge o dallo Statuto⁶.

Tale conclusione non muta quando la modifica soggettiva provocata dal privato, mediante operazioni straordinarie, coinvolga anche la partecipazione pubblica per effetto delle operazioni di cambio o di aumento del capitale.

La sostituzione della partecipazione da Sogear in Geasar per effetto della fusione è avvenuta su volontà dei soci privati di maggioranza di entrambe le società (F21Ligantia e F21 Smeralda), che hanno approvato nelle rispettive assemblee il progetto di fusione con l'espresso dissenso del socio Regione. Dunque, nel caso in esame, non è la Regione a condurre l'operazione, ad assumere una decisione organizzativo-strategica di gestione societaria e a decidere di "alienare" le partecipazioni, subendo essa, al contrario, la decisione del socio privato di maggioranza.

⁶ La libera circolazione della partecipazione in capo al privato è invero discussa in dottrina, anche alla luce dell'ambigua lettera dell'art. 10 comma 2 TUSP.

In questo contesto, si deve ritenere che le operazioni straordinarie non possano andare soggette al TUSP. Tali vicende, infatti, sono la imprescindibile conseguenza di operazioni straordinarie realizzate da soggetti economici privati operanti nel mercato, non vietate dalla legge e strumento indispensabile della organizzazione societaria e della libertà di iniziativa economica.

Si osserva poi che in tali casi: a) il presidio dell'interesse pubblico alla corretta valorizzazione della partecipazione è assicurata dalle valutazioni della partecipazione in sede societaria; b) la riconducibilità della operazione al socio privato esclude qualsiasi frizione con il principio della imparzialità della pubblica amministrazione.

Parafrasando il Consiglio di Stato, l'assoggettamento al regime interamente privatistico (ex art. 1, comma 3 TU) o l'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale dipende, in concreto, dall'accertamento degli effetti sostanziali perseguiti e divisati. Effetti che, nel caso qui esaminato, determinando la conferma del modello di gestione mista e provocando solo una limitata diluizione della partecipazione pubblica di minoranza, non sono tali da imporre l'obbligo di attivare una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici dei settori interessati, non risultando pregiudicati i principi di buon andamento ed imparzialità dell'agire amministrativo.

Peraltro, anche ritenendo che il coinvolgimento della partecipazione pubblica richieda una procedura selettiva del soggetto economico, si è dell'opinione che, nel caso di specie, ricorrerebbe comunque l'ipotesi indicata dal Consiglio di Stato di "infungibilità" del progetto proposto. Come chiarito dalle società resistenti, la fusione è lo strumento per perseguire la scelta strategica di creare un unico gestore degli aeroporti del Nord Sardegna, con effetti positivi sotto i profili gestionali ed

economici. E' intuitivo che la scelta strategica di fondere i due gestori aeroportuali degli unici due scali a rilevanza nazionale del Nord Sardegna non potrebbe comunque essere rimessa all'esito di una selezione del miglior offerente, stante l'assenza di altri aeroporti nell'area interessata e l'impossibilità di realizzare il medesimo progetto con altri operatori economici.

8. La Regione contesta la delibera di Sogeval per violazione della clausola prevista dall'art. 8 dello Statuto, ai sensi della quale nei primi tre anni il socio privato non può cedere la partecipazione, mentre successivamente *“potrà liberamente effettuare atti di cessione a condizione che gli Enti pubblici che detengono la maggioranza del capitale pubblico, esprimano il loro preventivo gradimento”*.

Si tratta di una previsione che, nel chiarire e confermare che il socio privato può cedere la partecipazione, non essendo vincolato all'investimento allo scadere del terzo anno, pone solamente una clausola di gradimento a favore del socio pubblico di maggioranza.

La connotazione pubblicistica della società mista Sogeval, e la necessità che essa sia presidiata mediante la partecipazione pubblica al capitale sociale in una misura che non può essere inferiore al quinto, giustifica il potere pubblico di decidere sulle modifiche soggettive del partner privato.

Ad avviso del Tribunale, la previsione statutaria deve trovare applicazione nel caso concreto perché l'operazione di fusione, sempre esaminata sotto l'aspetto materiale e non formale, anche senza comportare un trasferimento diretto della partecipazione da F2I Ligantia a F2I Smeralda, determina sostanzialmente una modifica dal lato soggettivo del rapporto societario costituito per la gestione dell'aeroporto di Alghero, al quale rapporto non parteciperà più in veste di partner strategico privato la società F2I Ligantia, sostituita nel suo ruolo dalla società F2I Smeralda.

E' vero, come osservano le resistenti, che le due società sono espressione della medesima proprietà, in quanto partecipate dal fondo istituzionale F2I. Tale considerazione, tuttavia, non è sufficiente ad elidere la previsione dello Statuto, atteso che formalmente si tratta di due società distinte i cui interessi possono essere contrapposti pur nell'ambito del controllo di un medesimo soggetto.

Dunque, la fusione, comportando la sostituzione del partner privato già individuato mediante selezione pubblica per la gestione dell'aeroporto di Alghero, necessita per la sua validità del previo gradimento degli enti pubblici che detengono la maggioranza del capitale pubblico, ovvero la Regione Autonoma della Sardegna.

La rilevanza del consenso della Regione sulla validità dell'operazione di fusione, inoltre, si percepisce anche movendo dall'art. 7 comma 7 TUSP, il quale richiede una deliberazione dell'amministrazione per le vicende più significative della vita societaria delle società miste, aventi ad oggetto la modifica significativa dell'oggetto sociale, la trasformazione, il trasferimento all'estero o la revoca dello stato di liquidazione.

Ad avviso del Tribunale, pur non espressamente prevista dalla norma richiamata, l'operazione di fusione congegnata determina una vicenda ben più radicale rispetto a quella di "trasformazione", consistendo in una operazione che determina direttamente la estinzione della società Sogear e la riorganizzazione dei suoi beni all'interno di un'altra società, provocando una rivoluzione dell'assetto organizzativo societario che non può prescindere dall'avallo dell'amministrazione pubblica di riferimento.

9. In conclusione, poiché l'operazione di fusione, comportante una radicale trasformazione dell'assetto organizzativo societario anche sotto il profilo soggettivo non è assentita dal socio pubblico di maggioranza di Sogear, si deve ritenere che la

deliberazione approvata in assemblea da Sogear contrasti con l'art. 8 dello Statuto e, pertanto, sia invalida.

10. Quanto al *periculum in mora*, l'art. 2378 c. 4 c.c. prescrive al giudice una valutazione comparativa tra il pregiudizio che deriva dalla esecuzione della deliberazione ed il pregiudizio che invece subisce la società dalla sua sospensione.

A tal fine, è sufficiente rilevare che, come sottolineato dalla Regione, la fusione diventerà definitiva a decorrere dal 26 settembre, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 2504 quater, essa non potrà essere invalidata o sospesa. E' certo che l'esecuzione della deliberazione, pertanto, lederà definitivamente l'interesse della Regione a condizionare la scelta del partner privato, così come statutariamente previsto.

Al contrario, il pregiudizio che subiranno le società resistenti per effetto della sospensione è limitato, atteso che la sospensione delle delibere non determina l'affondamento della progettata fusione ma è solo funzionale ad una più ampia valutazione nel merito della vicenda, anche alla luce della particolare complessità ed incertezza normativa.

PQM

Visto l'art. 2738 c. 4 c.c., sospende gli effetti della delibera di approvazione del progetto di fusione assunta dalla assemblea straordinaria di SO.GEA.AL. s.r.l. in data 29.5.2023.

Cagliari, 12.9.2023.

Il giudice

Nicola Caschili