CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE L.A. GEELHOED

presentate l'8 novembre 2001 [1]

I — Introduzione

1. Il Landesgericht Wels (Repubblica d'Austria), che si pronuncia in qualità di Tribunale di commercio, ha sottoposto alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali sulla validità di alcune disposizioni di due direttive in materia di società [2], e sull'interpretazione del Trattato.

2. Nel procedimento principale il giudice nazionale ha chiesto con ordinanza ad una società, a pena di irrogazione di un'ammenda, di soddisfare gli obblighi di pubblicità che ad essa incombono ai sensi del diritto societario armonizzato. Contro questa decisione la società ha presentato ricorso dinanzi al Landesgericht. Le questioni proposte dal Landsgericht riguardano la compatibilità delle disposizioni di cui trattasi della direttiva relativa alla pubblicità con il diritto comunitario primario, con il principio giuridico generale di proporzionalità, con il diritto fondamentale di proprietà e con la libertà fondamentale del libero esercizio di un'attività economica. La Corte dovrà tuttavia in primo luogo pronunciarsi sulla propria competenza a risolvere le questioni pregiudiziali, in quanto è dubbio se il Landesgericht di Wels, nel procedimento in questione, possa essere qualificato come una «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 234 CE.

II — L'ambito normativo

A — *Il diritto comunitario*

3. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. f), della Prima direttiva, gli Stati membri devono adottare le misure necessarie perchè l'obbligo della pubblicità per le società concerna anche il bilancio e il conto profitti e perdite di ogni esercizio.

4. La quarta direttiva prevede all'art. 47 che devono essere resi pubblici, secondo il procedimento previsto dalle norme dei

1 — Lingua originale: l'olandese.

2 — Prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 48 CE, secondo comma) per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GU L 65, pag. 8, la «direttiva sulla pubblicità»; in prosieguo: la «prima direttiva»), e quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull'art. 54, n. 3, lett. g), del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 44, n. 2, lett. g) CE, e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (GU L 222, pag. 11, la «direttiva sui conti annuali»; in prosieguo: la «quarta direttiva»).

singoli Stati membri, conformemente all'art. 3 della Prima direttiva, i conti annuali regolarmente approvati e la relazione sulla gestione, nonché la relazione redatta dalla persona incaricata della revisione dei conti.

5. L'art. 54, n. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 44, n. 2, lett. g) CE], prevede che il Consiglio e la Commissione esercitano le funzioni loro affidate dall'art. 54, n. 1 (divenuto, in seguito a modifica, art. 44, n. 1, CE) «coordinando, nella misura necessaria e al fine di renderle equivalenti le garanzie che sono richieste, negli Stati membri alle società a mente dell'art. 58, secondo comma (divenuto, in seguito a modifica, art. 48 CE), per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi».

B — *Diritto nazionale*

6. Per quanto rilevante per la presente causa, il giudice a quo ha esposto il diritto nazionale applicabile nel modo seguente.

7. Per recepire le citate disposizioni della Prima e della Quarta direttiva, la Repubblica austriaca ha adottato in prima istanza il Rechnungslegungsgesetz (legge sulla chiusura dei conti) [3], con la nuova versione degli artt. 277 e 283 dello Handelsgesetzbuch (codice austriaco di commercio; in prosieguo anche: l'«HBG»). Con la seconda legge di recepimento, l'EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (legge di modifica del diritto delle società al fine del suo adeguamento all'Unione europea) [4], l'obbligo di pubblicità è stato ulteriormente esteso, realizzando in tal modo la trasposizione integrale della direttiva.

8. Per le grandi società di capitali ai sensi dell'art. 221 HGB, l'art. 277, n. 1, HGB, nella versione della seconda legge di recepimento, prevede quanto segue:

«I rappresentanti legali di società di capitali devono presentare presso il Firmenbuchgericht (Tribunale competente in materia di registro delle imprese) della sede della società i conti annuali e la relazione sulla gestione, previo esame in sede di assemblea generale, entro e non oltre nove mesi dalla data di chiusura del bilancio, unitamente all'attestato di approvazione, di diniego o di approvazione con riserve; entro lo stesso termine devono essere presentate la relazione del consiglio di vigilanza, la proposta e la decisione sull'impiego degli utili.

Se, al fine di rispettare detto termine, si presentano i conti annuali e la relazione

3 — BGBl 475/1990.

4 — BGBl 304/1996.

sulla gestione senza gli altri documenti, la relazione e la proposta devono essere immediatamente presentate una volta che se ne abbia la disponibilità, così come le decisioni una volta deliberate e l'attestato una volta emesso. Qualora i conti annuali, in caso di esame o di accertamento successivi, siano modificati si deve presentare anche le relative modifica».

9. L'art. 283, n. 1, HGB, nella versione della seconda legge di recepimento, stabilisce la seguente sanzione:

«I membri del Consiglio di amministrazione (amministratori) o i liquidatori, fatte salve le disposizioni generali di diritto commerciale, sono tenuti ad osservare gli artt. 244, 245, 247, 248, 270, 272 e 277 — 280, i membri del Consiglio di vigilanza l'art. 270 e, nel caso di una società nazionale controllata da una società straniera di capitali, i rappresentanti della stessa nel territorio nazionale l'art. 280 bis, a pena di una condanna da parte del tribunale ad un'ammenda che può giungere sino a ATS 50 000».

10. Ad integrazione, l'art. 24, n. 1, del Firmenbuchgesetz (legge sul registro delle imprese, in prosieguo anche: «FBG») dispone [5]:

«Chi sia tenuto ad effettuare una notifica, ad apporre la propria firma o a produrre documenti presso il "Firmenbuch" (registro delle imprese), ovvero chi faccia uso di una denominazione sociale che non gli spetta, è tenuto, a pena di un'ammenda che può giungere sino a ATS 50 000, ad adempiere il proprio obbligo o a cessare di far uso della denominazione, ovvero a dimostrare che l'obbligo non sussiste o che l'uso della denominazione è legittimo».

III — Fatti, svolgimento del procedimento e questioni pregiudiziali

11. Dinanzi al Landesgericht di Wels, che si pronuncia in qualità di Tribunale di Commercio, pende una procedura ai sensi dell'art. 277 HGB. Tale giudice, con ordinanza 13 settembre 1999, ha chiesto alla Lutz Gesellschaft mbH e a. (in prosieguo: la «Lutz»), con sede a Wels, di presentare entro un termine di quattro settimane, a pena di un'ammenda dell'importo di ATS 10 000, i documenti (bilancio annuale e relazione sulla gestione) corrispondenti alle disposizioni di cui agli artt. 277-280 e dello HBG.

12. Considerato che la minaccia di ammenda prevista nell'ordinanza del 13 settembre 1999, secondo una giurisprudenza costante dell'Oberste Gerichtshof

5 — Come modificato con BGBl 10/1991.

(Corte di Cassazione), non è inpugnabile, la Lutz si è rivolta al Verfassungsgerichtshof (Corte Costituzionale) con una domanda («Individualantrag») volta a far constatare che le disposizioni relative alla pubblicità sono in contrasto con taluni diritti fondamentali e con talune disposizioni del diritto comunitario. Il Landesgericht di Wels ha successivamente prorogato, con ordinanza 2 novembre 1999, il termine per il deposito dei documenti contabili sino alla pronuncia del Verfassungsgerichtshof. Con ordinanza 29 novembre 1999 il Verfassungsgerichtshof ha rigettato la domanda della Lutz, motivando il rigetto con il fatto che l'ammenda può essere sospesa sino a quando non si decida sulla legittimità dell'obbligo a cui l'ammenda stessa è collegata.

13. A questo punto il Landesgericht di Wels, con ordinanza 9 maggio 2000, sia d'ufficio che su domanda della Lutz del 20 gennaio 2000, ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 234 CE:

«1) Se le misure relative all'obbligo di pubblicità per le società di capitali previste dall'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva 68/151/CEE e dall'art. 47 della quarta direttiva 78/660/CEE violino l'art. 44, n. 2, lett. g), CE, il quale autorizza il coordinamento delle garanzie che sono richieste negli Stati membri alle società per tutelare gli interessi tanto dei soci come dei terzi.

2) Se le misure previste dall'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva 68/151/CEE e dall'art. 47 della quarta direttiva 78/660/CEE relative all'obbligo di pubblicità per le società di capitali violino l'art. 44, n. 2, lett. g), CE, in quanto non sussiste la necessità di eliminare le restrizioni del diritto di stabilimento e di realizzare altri obiettivi del Trattato CE (in particolare, la creazione di generali condizioni giuridiche uniformi).

3) Se siano compatibili con il principio di proporzionalità, principio giuridico generale, il fatto che l'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva 68/151/CEE, in combinato disposto con l'art. 47 della quarta direttiva 78/660/CEE, per effetto dell'obbligo di pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite di ogni esercizio commerciale, obblighi le imprese, a pena di sanzioni penali, a divulgare segreti commerciali, e il fatto che lo scopo di tutela perseguito possa essere conseguito adeguatamente con altre misure, meno vincolanti.

4) Se siano compatibili con il diritto fondamentale della proprietà riconosciuto dal diritto comunitario il fatto che l'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva 68/151/CEE, in combinato disposto con l'art. 47 della quarta

direttiva 78/660/CEE, obblighi le imprese, a pena di sanzioni penali, a divulgare segreti commerciali per effetto dell'obbligo di pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite di ogni esercizio, e il fatto che lo scopo di tutela perseguito possa essere conseguito adeguatamente con altre misure, meno vincolanti.

5) Se siano compatibili con il diritto fondamentale del libero esercizio di un'attività economica riconosciuto dal diritto comunitario il fatto che l'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva 68/151/CEE, in combinato disposto con l'art. 47 della quarta direttiva 78/660/CEE, obblighi le imprese, a pena di sanzioni penali, a divulgare segreti commerciali, per effetto dell'obbligo di pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite di ogni esercizio, e il fatto che lo scopo di tutela perseguito possa essere conseguito adeguatamente con altre misure, meno vincolanti».

14. Ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia hanno presentato osservazioni scritte la Lutz, i governi di Spagna, Italia e Austria, nonché il Consiglio e la Commissione. Il 25 ottobre 2001 ha avuto luogo un'udienza in cui erano rappresentati la Lutz, il governo italiano, il Consiglio e la Commissione.

IV — La competenza della Corte

15. Nella procedura scritta non è stata fatta alcuna osservazione in merito alla competenza della Corte a risolvere le questioni sollevate dal Landesgericht di Wels. Avendo la Corte invitato le parti a pronunciarsi per iscritto in merito, l'argomento è stato discusso in udienza.

16. Ai sensi dell'art. 234, primo comma, CE, la Corte è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione del Trattato e degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità. Ai sensi del secondo comma di questa disposizione, una giurisdizione, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, può domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione.

17. La Corte nel frattempo in un certo numero di cause ha dichiarato che i giudici che soddisfano ai criteri istituzionali — come nella fattispecie — ma che utilizzano il procedimento pregiudiziale in una qualità per cui non esercitano una funzione giurisdizionale, non sono considerati giudici ai sensi dell'art. 234 CE. In questi casi essi esaminano una determinata questione amministrativa in forma giudiziale e la Corte si dichiara incompetente a risolvere le questioni sollevate. Questa giurisprudenza è stata introdotta con la sentenza

Job Centre I [6], ed è stata di recente confermata con la sentenza Salzmann [7], come pure con l'ordinanza della Corte nella causa HSB-Wohnbau GmbH [8].

18. Nella causa Job Centre I le questioni pregiudiziali erano state sollevate dal Tribunale civile e penale di Milano, nell'ambito di una domanda di omologazione dell' atto costitutivo di una cooperativa in un procedimento della cosiddetta «giurisdizione volontaria». Conformemente al Codice civile italiano, il Tribunale ordina l'iscrizione della cooperativa nel registro, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la costituzione della società e sentito il pubblico ministero. Secondo la Corte i giudici nazionali possono sottoporre questioni pregiudiziali «unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell' ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (...)». Tale non era il caso di specie: la Corte dichiara che il giudice di rinvio, nel procedimento in questione, «esercita una funzione non giurisdizionale, che è tra l' altro affidata, in altri Stati membri, ad autorità amministrative. In effetti, esso svolge funzioni di autorità amministrativa, senza dovere, al tempo stesso, decidere una controversia [9]».

19. La causa Salzmann riguardava la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal Bezirksgericht di Bregenz (Austria), nell'ambito dell'esame di una domanda di registrazione catastale del contratto di compravendita di un fondo non edificato. Il Bezirksgericht, ai sensi della legge federale austriaca del 1955 in materia di catasto, è competente a registrare nel catasto le transazioni immobiliari, dopo aver esaminato se la relativa domanda soddisfi le condizioni poste dalla legge. Nella sentenza del 14 giugno 2001 la Corte afferma che il Bezirksgericht in questo caso non definisce una lite, bensì deve solo statuire sulla conformità della domanda alle condizioni fissate dalla normativa. Nell'ambito di tale attività, il Bezirksgericht esercita una funzione non giurisdizionale. La ricorrente nel giudizio di rinvio aveva tuttavia fatto valere che la sua domanda di registrazione del suo diritto di proprietà nel catasto, proposta al Bezirksgericht di Bregenz, avrebbe avuto il carattere di un appello, in quanto faceva seguito al rifiuto pronunciato in prima istanza da un Rechtspfleger — funzionario giudiziario — cui era stata presentata la sua domanda, ma la Corte constata che la decisione del Rechtspfleger ha il carattere di un reclamo amministrativo interno all'organo considerato [10].

20. Nella causa HSB-Wohnbau la Corte, con ordinanza 10 luglio 2001, si è dichiarata manifestamente incompetente a risolvedre le questioni propostele. L' Amtsgericht (Pretore) — giudice del Registro — di Heidelberg ha chiesto alla Corte una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 43 e 48 CE, nell'ambito di una controversia sull'iscrizione nel Registro tedesco di commercio del trasferimento della sede di una Gmbh dalla Germania

6 — Sentenza 19 ottobre 1995, causa C-111/94 (Racc. pag. I-3361).

7 — Sentenza 14 giugno 2001, causa C-178/99 (Racc. pag. I-4421).

8 — Ordinanza 10 luglio 2001, causa C-86/00 (Racc. pag. I-5353).

9 — Sentenza Job Centre I, citata, punti 9-11.

10 — Sentenza Salzmann, citata, punti 13-22. V., in particolare, sulla posizione del Rechtspfleger nella procedura anche le mie conclusioni per questa sentenza, paragrafi 38-43.

alla Spagna, su cui l'Amtsgericht era stato chiamato a pronunciarsi con decisione. Dall'ordinanza di rinvio risulta che l'Amtsgericht si è rivolto alla Corte in qualità di autorità incaricata in Germania di tenere il Registro di commercio e nell'ambito di un procedimento relativo all'iscrizione in quel registro. L'Amtsgericht è la prima autorità chiamata a pronunciarsi sull'iscrizione della società. Ne deriva, secondo la Corte, che l'Amtsgericht relativamente a questa attività non esercita una funzione giurisdizionale [11].

21. Da queste tre cause si deve dedurre che le attività in questione sono di natura amministrativa e non giurisdizionale, in base alle seguenti circostanze:

— le questioni sono state sollevate nell'ambito di procedure in cui si chiedeva l'iscrizione di una determinata situazione giuridica in un registro;

— alle autorità di rinvio si è domandato in prima istanza di effettuare un'iscrizione;

— prima di procedere all'iscrizione, le autorità di rinvio si limitano a constatare se la domanda soddisfi i requisiti di legge;

— contro la decisione è aperta la via del ricorso giudiziario.

22. Nella presente causa l'ordinanza di rinvio offre poche informazioni in merito alle circostanze di fatto. Tuttavia, l'autorità di rinvio e le parti che hanno presentato osservazioni scritte hanno esposto le disposizioni più rilevanti della normativa nazionale. A mio avviso dalla normativa austriaca relativa all'obbligo di pubblicità e da quella concernente l'ordinamento giudiziario si può dedurre che il Landesgericht di Wels — in qualità di Tribunale di commercio — non ha sollevato le questioni pregiudiziali in qualità di giudice, bensì nell'ambito di attività di carattere amministrativo.

23. La principale differenza rispetto alle citate cause Job Centre I, Salzmann e HSB-Wohnbau è che qui non si chiede al giudice nazionale di iscrivere in un registro una determinata situazione giuridica. Il Landesgericht di Wels — come Tribunale di commercio — è incaricato di tenere il registro di commercio. Ai sensi dello Handelsgesetzbuch, il bilancio annuale e i documenti relativi devono essere depositati ai fini della pubblicazione. Orbene, nell'esecuzione di questo compito amministrativo il Tribunale di commercio può ordinare alle società di depositare i documenti richiesti a pena di un'ammenda. In virtù dell'art. 24 FBG a ogni società che non abbia soddisfatto il suo obbligo nel termine stabilito può essere comminata un'ammenda. Il Tribunale di commercio è quindi la

11 — Ordinanza HSB-Wohnbau, citata sopra, punti 14-17.

prima autorità chiamata a giudicare in merito alla pubblicazione [12].

24. Il Tribunale di commercio deve unicamente constatare l'inadempimento delle condizioni di legge per la pubblicazione e in base a ciò può ordinare alla società inadempiente di esibire i documenti contabili. L'ammenda è di fatto una sanzione amministrativa per indurre la società interessata ad adempiere i suoi obblighi di legge, ed è frequente in diritto austriaco. Essa è imposta d'ufficio, e al Tribunale di commercio spetta soltanto una competenza discrezionale per determinarne l'ammontare [13]. Se il Tribunale fa uso di questo potere discrezionale, è assoggettato alle esaurienti disposizioni legislative dello Handelsgesetzbuch e del Firmenbuchgesetz [14].

25. Contro la decisione che ordina l'esibizione dei documenti e minaccia l'irrogazione di un'ammenda la società, secondo il diritto austriaco, può chiedere la revisione al Tribunale di commercio che l'ha resa («Vorstellung»), oppure presentare ricorso dinanzi allo Oberlandesgericht (Corte d'appello) («Rekurs») [15]. Nel presente procedimento, la Lutz ha presentato al Tribunale di commercio una domanda di revisione della decisione del 13 settembre 1999. Ciò premesso, sembra evidente che ci troviamo di fronte ad un ricorso amministrativo contro la decisione [16].

26. Il Landesgericht di Wels ha dunque sollevato le questioni pregiudiziali nell'ambito di un procedimento di ricorso amministrativo, nell'esercizio di una funzione non giurisdizionale, bensì amministrativa. Le questioni non provengono quindi da un giudice che svolge una funzione giurisdizionale, ai sensi dell'art. 234 CE. La Corte non è quindi competente pronunciarsi [17].

27. La società che intende contestare la decisione che ordina la pubblicità e l'ammenda ad essa collegata può adire lo Oberlandesgericht. Qualora questo organo giurisdizionale, in sede di appello e in qualità di giudice, debba pronunciarsi sulla legittimità dell'ordine di esibizione e della relativa ammenda, può chiedere alla Corte di statuire in via pregiudiziale.

12 — V. art. 120, n. 1, FBG. Questi atti sono compiuti da un giudice unico («Einzelrichter»), v. art. 7 a), n. 3, della Jurisdiktionsnorm (ultimo emendamento in BGBl 140/1997).

13 — Questa ammonta, ai sensi dell'art. 24 FBG, al massimo a ATS 50 000 o, rispettivamente — decorsi inutilmente due mesi dalla prima ingiunzione — al massimo a ATS 100 000.

14 — V., in particolare, art. 282, n. 1, HGB, e art. 24 FBG.

15 — V. art. 9 dell'Ausserstreitgesetz (RGBl. 208/1854).

16 — V., in questo senso, sentenza Salzmann, sopra citata, punto 21.

17 — V., in proposito, anche le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer 28 giugno 2001 per la sentenza 29 novembre 2001, nella causa C-17/00, François de Coster/College van Burgemeester en Schepenen van Watermaal-Bosvoorde (Racc. pag. I-9445, in particolare p. I-9447. Nelle sue elaborate conclusioni, l'avvocato generale lancia la proposta per una nuova definizione della nozione di giudice ai sensi dell'art. 234 CE. Come regola generale egli sostiene che la Corte debba essere competente a risolvere questioni pregiudiziali sollevate da tutte le istanze che fanno parte dell'ordinamento giurisdizionale nazionale. Tuttavia egli pone la condizione che l'organo di rinvio debba inoltre esercitare la sua competenza giurisdizionale (paragrafo 85).

V — Conclusione

28. Considerando quanto sopra, propongo di dichiarare che la Corte di giustizia delle Comunità Europee non è competente a risolvere le questioni sottoposte dal Landesgericht di Wels con ordinanza di rinvio del 9 maggio 2000.