



LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA C.D. GOLDEN POWERS COME STRUMENTO DI REAZIONE ALLA CRISI POLITICA E MILITARE UCRAINA

di Sofia Arata

1. *Introduzione*

A seguito dell'inasprimento del conflitto russo-ucraino il Governo ha ritenuto indispensabile reagire tramite l'emanazione di plurimi strumenti di decretazione d'urgenza, con l'obiettivo di offrire una risposta politica immediata ed efficace atta a gestire i numerosi fronti critici che lo scoppio del conflitto bellico ha aperto anche con riferimento ai profili di sicurezza e di stabilità economica nazionale.

In particolare, lo scopo perseguito dal legislatore nazionale è stato quello di salvaguardare gli assetti proprietari delle società operanti in settori reputati strategici e di interesse nazionale quali, in particolare, quelli della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Tale obiettivo ha necessitato un rafforzamento dei poteri speciali esercitabili dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, già, come noto, previsti dal d.l. 21/2012 convertito con modificazioni dalla L. 11 maggio 2012, n. 56 (così come più volte novellato in ragione delle diverse sensibilità politiche

via via maturate), tramite l'espressa modifica contenuta nel d.l. 22 marzo 2022 n. 21, dall'art. 24 all'art. 28.

Se, da un lato, il *fil rouge* della riforma in commento sembra essere l'estensione del controllo governativo sui traffici giuridici riguardanti i settori suddetti, dall'altro non appare di scarso impatto l'avvio di un procedimento di semplificazione della procedura di controllo governativo la quale, così come delineata dalle disposizioni di recente introduzione, sembra avere l'ambizione di qualificarsi quale passaggio obbligato nel perfezionamento di operazioni commerciali aventi a oggetto la ridefinizione del baricentro del controllo societario a vantaggio di un operatore estero, sia esso comunitario che non.

Di eguale rilievo risulta essere la cointeressenza, delineata dal Legislatore, di ambo le parti del rapporto negoziale che, auspicabilmente all'unisono, sono chiamate a sottoporre il progetto contrattuale all'approvazione governativa.

Sul punto si segnala che la documentazione parlamentare a corredo della conversione in legge del d.l. in commento, il cui testo risulta attualmente sottoposto all'esame della competente commissione del Senato della Repubblica, restituisce una lettura piuttosto asettica della riforma in commento.

2. La notifica congiunta come strumento di corresponsabilizzazione delle parti negoziali.

Come accennato, fra le principali novità introdotte dal d.l. 21/2022 assume senz'altro rilievo la previsione di una notifica congiunta di venditore e acquirente, tanto con riferimento ai settori rilevanti ai fini della sicurezza nazionale, disciplinati all'art. 1 del d.l. 21/2012, quanto con riguardo a quelli definiti strategici individuati all'art. 2 del medesimo d.l.

L'impegno congiunto delle parti, così come delineato dalla riforma normativa in commento, attiene a tutte le fasi del procedimento amministrativo: muovendo dalla fase di avvio del procedimento, passando per la fase istruttoria, giungendo alla fase decisoria e finanche a quella sanzionatoria.

I due contraenti, dunque, nel condividere fra loro il progetto negoziale, sono chiamati ad assumersi equivalenti responsabilità, tanto procedurali che sanzionatorie.

Scendendo nel merito della riforma, si segnala che il comma 1, lettera c) dell'art. 24 è intervenuto modificando l'art. 1, comma 5, del d.l. 21/2012, disciplinante l'obbligo di notifica applicabile a chiunque acquisisca una partecipazione in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale.

In particolare, viene previsto che la notifica dell'acquisizione venga resa dall'acquirente, ove possibile congiuntamente alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, confermando i termini (entro dieci giorni) e la contestuale trasmissione delle informazioni necessarie, comprensive di descrizione generale del progetto di acquisizione, dell'acquirente e del suo ambito di operatività.

Nel caso in cui la notifica non sia effettuata congiuntamente, viene stabilito che l'acquirente trasmetta, contestualmente alla notifica, una informativa, contenente gli elementi essenziali

dell'operazione e della notifica medesima, al venditore, al fine di consentirne la partecipazione al procedimento, fornendo prova della relativa ricezione.

La trasmissione obbligatoria dell'informativa al venditore garantisce la partecipazione di quest'ultimo alla fase istruttoria della procedura essendo, difatti, a riguardo previsto che lo stesso possa presentare, entro quindici giorni dalla notifica suddetta, memorie e documenti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il coinvolgimento di entrambe le parti nel procedimento suddetto ha, altresì, riflessi sull'eventuale violazione delle prescrizioni imposte dal Governo al perfezionamento dell'operazione.

Si noti, infatti, che, in aggiunta alle sanzioni economiche già in precedenza previste a carico dell'acquirente, nel caso di violazione delle prescrizioni imposte dalla Presidenza del Consiglio, è stata introdotta la responsabilità economica – cumulativa e non solidale – del venditore il quale, venuto a conoscenza della notifica, ovvero diretto istante dell'attivazione del procedimento in esame, è ritenuto pertanto ugualmente responsabile della corretta osservanza delle prescrizioni imposte.

Le conseguenze sanzionatorie in caso di violazione delle prescrizioni sono state, altresì, inasprite e connotate di maggiore gravità tramite la previsione, seppure nella forma di specifica riserva, di una responsabilità penale di entrambe le parti che abbiano disatteso le prescrizioni imposte.

Una previsione di uguale tenore è stata introdotta anche dall'art. 25 del d.l. 21/2022 con riferimento alle operazioni riguardanti soggetti operanti nei settori dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni e degli ulteriori attivi strategici (così come più puntualmente definiti dai d.p.c.m. 179 e 180 del 2020), nel dettaglio disciplinati dall'art. 2 del d.l. 21/2012.

Inoltre, con riferimento alle medesime operazioni, è stata, altresì, introdotta la possibilità che il Governo possa imporre a entrambe le parti delle condizioni sospensive dell'efficacia del negozio giuridico, avente ad oggetto le suddette partecipazioni, prevedendo che: *“L'efficacia dell'acquisto può essere condizionata all'assunzione, da parte dell'acquirente e della società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi.”*

Anche nei settori strategici di cui all'art. 2 è prevista una responsabilità penale ed economica per entrambe le parti ove non adempiano alle prescrizioni contenute nel provvedimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Infine, tanto la disposizione di cui all'art. 1 che quella dell'art. 2 hanno inserito una nuova forma di partecipazione procedimentale a favore di entrambe le parti in conseguenza delle osservazioni pervenute dalla Presidenza del Consiglio a seguito della notifica iniziale. Entrambe le parti divengono, dunque, interlocutori della Presidenza del Consiglio con l'intento di apportare elementi utili per la definizione del procedimento in corso.

Di fatto, dunque, sebbene la notifica congiunta non sia dalla normativa qualificata come obbligatoria, la stessa, tuttavia, diviene indispensabile a fronte dell'instaurazione di un vero e proprio procedimento amministrativo multilaterale che finisce per produrre i suoi effetti, tanto

istruttori che provvedimentali, sull'equilibrio contrattuale delle parti, ai quali le stesse non possono sottrarsi, pena l'applicazione di severe sanzioni economiche nonché la configurazione di specifiche responsabilità penali.

3. L'estensione della normativa *golden powers* con riferimento alle operazioni rilevanti per i settori strategici.

Con specifico riferimento alle operazioni rientranti nell'art. 2 del d.l. 21/2012, il d.l. 21/2022 ha individuato dei criteri quantitativi e qualitativi supplementari, atti a selezionare le operazioni soggette all'obbligo di notifica in questione e a monitorare potenziali scalate negli assetti proprietari nazionali.

È, difatti, stato previsto che sono soggetti all'obbligo di notifica di cui al presente articolo anche *“gli acquisti di partecipazioni, da parte di soggetti esteri non appartenenti all'Unione europea, in società che detengono gli attivi individuati come strategici ai sensi dei commi 1 e 1-ter, che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento, tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute, quando il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro, e sono altresì notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15 per cento, 20 per cento, 25 per cento e 50 per cento del capitale”*.

Il criterio quantitativo sopra riportato sembra, dunque, essere per la sensibilità politica attuale, indicatore di condotte opportunistiche e da monitorare.

Fra le maggiori novità da segnalare, inoltre, si colloca senz'altro la previsione dell'obbligo di notifica anche a carico dell'acquirente intra UE.

A riguardo il novellato art. 2, al comma 5, prevede che, qualora l'acquisizione sia tale da determinare l'“insediamento stabile” dell'acquirente, in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto, l'obbligo di notifica sia posto in capo anche a soggetti appartenenti all'Unione europea, ivi compresi quelli stabiliti e residenti in Italia, ma solo per i settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo.

Perché, dunque, l'obbligo di notifica dell'operatore comunitario possa ritenersi sussistente, i requisiti da verificare con riferimento all'operazione sono due.

Da un lato, l'operazione deve avere a oggetto i settori sopra richiamati e, dall'altro, deve determinare l'assunzione di controllo della società che determini lo stabile insediamento dell'acquirente sul territorio nazionale.

Sul punto si noti che il richiamato concetto di “controllo”, unitamente a quello di “stabile insediamento” risultano inediti alla disciplina codicistica la quale, invero, all'art. 2359 c.c.¹, pur

¹L'art. 2359 c.c. prevede che siano qualificate come controllate:

“1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

individuando specificatamente le ipotesi di controllo societario, non fa menzione del dato territoriale quale criterio aggiuntivo ai fini della definizione della situazione di fatto e di diritto in discorso.

4. La semplificazione procedimentale e la normalizzazione della notifica Golden Powers.

Infine, il Governo ha dettato una disciplina di carattere generale, applicabile a tutte le tipologie di operazioni suscettibili della notifica *golden powers*, introducendo un nuovo art. 2-*quater* al d.l. 21/2012, rubricato "*Misure di semplificazione e procedimento di prenotifica.*"

Il suddetto articolo, in sostanza, prevede che, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il gruppo di coordinamento costituito ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 agosto 2014, possono essere individuate misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relative all'istruttoria per la definizione dei procedimenti in caso di mancato esercizio dei poteri speciali, decise all'unanimità dai componenti del gruppo di coordinamento, fatta salva, in ogni caso, la possibilità per ogni amministrazione e per le parti di chiedere di sottoporre l'esame della notifica al Consiglio dei Ministri.

Con la previsione in commento, dunque, il Legislatore sembra aver inteso attribuire al gruppo di coordinamento, costituito ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 agosto 2014, il ruolo di vero e proprio filtro, con tutto ciò che ne consegue in tema di attribuzione di poteri speciali a un organo istituito con norma di origine governativa.

La *ratio* di tale novità è evidentemente quella di semplificare l'onere istruttorio a carico del Governo nel caso in cui, per una data operazione, venga espresso senza riserve l'assenso da parte dei componenti del gruppo di coordinamento, ferma restando la possibilità di eccezione in capo a qualsiasi amministrazione e alle parti.

Tale riserva appare peculiare in quanto, da un lato, attribuisce a qualsiasi amministrazione un potere che prescinde dalla specifica competenza della stessa, e, dall'altro, legittima un potere di impulso che sembrerebbe, *prima facie*, slegato dalle tempistiche individuate per la conclusione del procedimento istruttorio (*i.e.* 45 giorni). Su tale ultimo aspetto sembra, pertanto, ragionevole ritenere che la disciplina di dettaglio avrà modo di uniformare le previsioni del d.l. 21/2012, nonostante lo stesso, così come modificato, trovi già immediata applicazione.

Infine, ulteriore e ultimo meccanismo peculiare introdotto dal d.l. è quello riguardante la prenotifica, da disciplinare con separato decreto del Consiglio dei Ministri, che consente l'esame da parte del gruppo di coordinamento, o nelle ipotesi di cui al comma 1, del Consiglio dei ministri, delle

-
- 2) *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
 - 3) *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa."*

operazioni, anche in stato embrionale, al fine di consegnare alle parti negoziali una valutazione preliminare sull'applicabilità dei citati articoli e sulla autorizzabilità dell'operazione.

Tale *input*, se, da un lato, consente un preliminare *screening* dell'operazione per come progettata, dall'altro risulta avere una mera funzione di *moral suasion*, atta a indurre le parti, in corso di negoziazione, a ripensare i termini dell'operazione o a rinunciare alla stessa.

Questa verifica preventiva, tuttavia, non elide il rischio sottostante alla notifica formale, ugualmente da effettuarsi una volta che i termini dell'operazione o della antecedente delibera siano perfezionati.

Così inquadrata tale ultima novella, sembrerebbe che l'intento del Legislatore sia da ascrivere, più che in un procedimento di semplificazione, in un processo di "normalizzazione" del meccanismo dei *golden powers*, nell'ottica di procedimentalizzare il controllo pubblico, anche a parziale scapito della libertà negoziale *lato sensu* intesa.

Sofia Arata

sofia.arata@crccdlex.com

This document is intended to provide general information on the subject matter and is not to be regarded as legal advice or a comprehensive examination of every aspect of its subject matter.