

I POTERI SPECIALI SUGLI ASSETTI SOCIETARI NEI SETTORI DELLA DIFESA E DELLA SICUREZZA NAZIONALE

di Ascenzo Forte

Segretario Comitato Scientifico Centro Studi DEMETRA

Sommario: **1. NORME IN MATERIA DI GOLDEN SHARE** **2. LA DISCIPLINA DEI POTERI SPECIALI** **3. LA LEGGE 11 MAGGIO 2012, N.56** **4. CONCLUSIONI**

1. NORME IN MATERIA DI GOLDEN SHARE

Il decreto legge 15 marzo 2012 n. 21, convertito con modificazioni con dalla legge n. 56 dell'11 maggio 2012, ha ridisciplinato la materia dei poteri speciali esercitabili dal Governo, al fine di proteggere gli assetti prioritari delle società operanti in settori reputati strategici e di interesse nazionale. Nell'Unione Europea, in mancanza talora di un'azione legislativa unitaria e coerente della Commissione, gli Stati membri, compresa l'Italia, sono intervenuti con iniziative legislative non sempre completamente compatibili con i Trattati comunitari. Il contenzioso sulle *golden shares* e sui poteri speciali¹ ne rappresenta solo un esempio.

Il decreto legge n.21 stabilisce, sia pure attraverso il rinvio ad atti di formazione secondaria (i c.d. DPCM, destinati questi ultimi a individuare le attività di rilevanza strategica); l'ambito oggettivo e soggettivo; la tipologia; le condizioni; le procedure di esercizio di poteri speciali, come la facoltà di dettare specifiche condizioni all'acquisto di partecipazioni (art. 1, comma 1, lett. a)); la facoltà di porre il veto all'adozione di determinate delibere societarie (art. 1, comma 1, lett. b)); di opporsi all'acquisto di partecipazioni (art. 1, comma 1, lett. c)). Poteri speciali quindi non solo rivolti a società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, ma anche in ambiti di attività stimati di rilevanza strategica, come quelli dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

¹ Nonostante entrambe le espressioni attribuiscono al Governo l'eventualità di intervento sulle imprese, va specificato che nel sistema della *Golden share* "lo Stato (per esempio nel Regno Unito) conserva la qualità di azionista, restando titolare di un'azione di valore pressoché nullo, ma significativa del mantenimento di un collegamento, seppure formale, con la società", mentre nel sistema dei poteri speciali "l'intervento pubblico prescinde totalmente dalla titolarità di alcuna azione, non corrispondendo ad una quota di partecipazione societaria".

La recente riforma della materia rappresenta un *benchmark* internazionale poiché tutela le imprese operanti in settori considerati strategici indipendentemente da una partecipazione azionaria dello Stato (da qui il passaggio dalla *golden share al goldenpower*²) offrendo, al contempo, al Governo strumenti proporzionati al rischio concreto, che gli assicurano di adoperarsi nell'attività ordinaria delle società e gli riconoscono, solo in via d'eccezione, esercizio del veto preventivo sulle acquisizioni. Ne consegue che tale riforma riduce la discrezionalità del Governo pur allargandone la sfera d'influenza.

La *ratio* deve essere, tuttavia, ricercata anche nel tentativo di conformare il testo normativo (impianto, che si rifà agli strumenti della “*golden share*” e della “*actionspécifique*” degli ordinamenti inglese e francese) alle disposizioni comunitarie con l'obiettivo di superare le iniziative e le censure mosse dalla Corte di giustizia UE³, laddove tali testi limitano i principi della concorrenza e della contendibilità delle imprese.

L'adozione di strumenti di tutela effettivi se deve fornire una risposta concreta all'eventualità di un uso politico degli investimenti esteri nel nostro Paese, non deve però impedire l'impegno a promuovere presso gli investitori di lungo termine, anche stranieri, non solo l'ingresso nell'azionariato d'impresa operanti nei settori regolati, ma soprattutto la partecipazione diretta a progetti infrastrutturali decisivi per il Paese. Il dibattito deve concentrarsi non soltanto sugli strumenti di difesa da investimenti pubblici stranieri, i quali potrebbero compromettere l'interesse nazionale, ma anche sulle misure idonee ad attrarre investimenti diretti esteri su progetti di lungo periodo, ancora più necessari e più difficili da finanziare. E' su quest'aspetto che si deve focalizzare concretamente la concorrenza tra gli Stati: ogni Paese, infatti, offre diverse garanzie per gli investimenti infrastrutturali e il *projectfinancing* (incentivi, disciplina fiscale, certezza del diritto, progettualità), è quindi necessario per creare un quadro giuridico certo e favorevole (o perlomeno non ostile) agli investitori, e concentrarsi su grandi progetti di sviluppo in cui canalare gli investitori nazionali e stranieri.

A decorrere dall'entrata in vigore dei provvedimenti di attuazione della legge n. 56/2012, è abrogata e in parte riformulata la disciplina previgente, introdotta nell'ordinamento nel processo di privatizzazione delle imprese in mano pubblica, di cui al decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con legge 30 luglio 1994, n. 474e, al contempo, cessano di

² Ne deriva che il potere speciale “non è più l'azione detenuta (*golden share*) ma l'intervento esercitato dallo Stato (*goldenpower*): così F. Bassan, *Dalla golden share al goldenpower: il cambio di paradigma europeo nell'intervento Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione eur.*, vol. 9, n. 1 del 2014, p. 78.

³ Procedura di infrazione n. 2009/2255 dell'Unione Europea adottata in data 24 novembre 2011 di cui si tratterà più avanti.

avere efficacia le clausole presenti negli statuti societari delle società privatizzate incompatibili con il nuovo regime dei poteri speciali.

2. LA DISCIPLINA DEI POTERI SPECIALI

L'art. 2 del decretollegge n. 332/1994, che viene abrogato con l'attuazione del succitato provvedimento, stabilisce che i poteri speciali debbano essere attribuiti al Ministero dell'economia e delle finanze dagli statuti delle società privatizzate, individuate tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato purché operanti in settori pubblici come la difesa, i trasporti, le telecomunicazioni e le fonti d'energia e tra quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che ne stabilisse la perdita del controllo dello Stato, dovesse essere introdotta una clausola che attribuisce al Ministero dell'economia e finanze la titolarità di uno o più poteri speciali (di cui al comma 1)⁴.

Tale disciplina sui poteri speciali aveva validità anche per le società controllate direttamente o indirettamente da enti pubblici, sia pure territoriali ed economici, operanti nei settori dei trasporti e degli altri servizi pubblici e identificate con provvedimento dell'ente pubblico - come stabilito dal comma 3 del citato articolo.

I contenuti e le modalità di esercizio dei suddetti poteri (su quanto disposto dall'art. 2) sono stati poi modificati dalla legge finanziaria del 2004 (legge n. 350/2003, articolo 4, commi 227/231) che è intervenuta operando una generale revisione e introducendo nuove disposizioni, al fine di limitare i suddetti poteri anche a causa delle ripetute censure intervenute a livello comunitario⁵.

La legge aveva inoltre specificato che il potere di opposizione all'acquisizione di partecipazioni di proporzioni rilevanti doveva essere esercitato con riferimento alle singole operazioni. Alcune disposizioni introdotte ai commi 229-231 dell'art. 4 non sono state abrogate dal suddetto provvedimento. Il comma 229 dispone, attraverso un rinvio, che

⁴ Le società individuate con DPCM, nei cui statuti è stata prevista l'introduzione di poteri speciali a favore del Governo, sono le seguenti: ENI S.p.A. (DPCM 5 ottobre 1995 e DD.MM. 5 e 16 ottobre 1995 e 1 aprile 2005); STET S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. (DPCM 21 marzo 1997 e DD.MM. 21 e 24 marzo 1997), il cui possesso azionario pubblico di controllo è stato ormai dismesso; Finmeccanica S.p.A. (DPCM 28 settembre 1999 e D.M. 8 novembre 1999); ENEL S.p.A. (DPCM 17 settembre 1999 e D.M. 17 settembre 2004); SNAM RETE GAS S.p.A. (DPCM 23 marzo 2006).

⁵ Con sentenza del 23 maggio 2000 – causa C-58/99, la Corte di Giustizia ha stabilito che la normativa riferita ai poteri speciali, originariamente contenuta nel decreto-legge n. 332/94, fosse in contrasto con quanto stabilito nel Trattato CE relativamente al diritto di stabilimento (art. 43 Trattato CE, ora art. 49 TFUE), alla libera prestazione dei servizi (art. 49) e alla libera circolazione dei capitali (art. 56, ora art. 63 TFUE- Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Nonostante la normativa fosse stata in parte modificata dall'art. 66, comma 3 della legge n. 488/1999 e dal relativo DPCM 11 febbraio 2000, la Commissione ha nuovamente contestato la violazione degli artt. 43 e 56 del Trattato CE. In data 4 giugno 2003, nelle osservazioni trasmesse alla Commissione, il Governo italiano si è impegnato a procedere in tempi rapidi alla modifica della regolamentazione in materia di esercizio dei poteri speciali, conformandoli ai principi del diritto comunitario e alle norme vigenti della Corte di Giustizia.

debba essere quindi un DPCM a stabilire quali siano le società dai cui statuti deve essere eliminata la clausola di attribuzione al Ministero dell'Economia e delle Finanze di uno o più dei suddetti poteri e tale eliminazione dovrà essere disposta con deliberazione dell'assemblea straordinaria. Anche il comma 230 rinvia a un DPCM per quel che riguarda l'individuazione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, disponendo che gli stessi debbano essere utilizzati solo nei casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato.

La disciplina sulla *golden share*, prevista dalla legge finanziaria per il 2004, è stata oggetto, tuttavia, di ulteriore censura dalla Commissione europea. In data 5 ottobre 2005, la Commissione ha adottato un *parere motivato* nei riguardi dello Stato italiano. Nel testo si legge che, pur riconoscendo che la riforma “*sostituisce la precedente procedura (..) con un diritto di opposizione meno restrittivo*”, si ritengono parimenti “*ingiustificati i restanti controlli sull'assetto proprietario delle società privatizzate e sulle decisioni di gestione, valutandoli sproporzionati rispetto al loro scopo e costituenti ingiustificate limitazioni alla libera circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento (artt. 56 e 63)*”, invitando l'Italia a modificare nuovamente la legislazione in materia. Nonostante le autorità italiane avessero prodotto risposta nel dicembre del 2005, in data 28 giugno 2006, l'Italia è stata deferita alla Corte di Giustizia.

Con sentenza del 26 marzo 2009 - causa C-326/07, la Corte di Giustizia ha condannato il nostro Paese per le disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del DPCM 10 giugno 2004 di attuazione della normativa generale e recante la definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, avendo ritenuto tale disciplina in contrasto con la normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei capitali e con quella sul diritto di stabilimento⁶. La Corte ha ritenuto i criteri stabiliti “*generici ed imprecisi*”⁷ e che “*l'assenza di un nesso*” tra i criteri di esercizio dei poteri speciali e i poteri stessi accentua l'incertezza sulle circostanze in cui tali facoltà possono essere attivate, conferendo loro carattere discrezionale, sovente sproporzionato agli obiettivi perseguiti.

Con il DPCM 20 maggio 2010, lo Stato italiano ha abrogato i criteri per l'esercizio dei poteri speciali, disciplinati dall'art.1, comma 2. del DPCM 10 giugno 2004. La

⁶ E' opportuno precisare che la Corte di Giustizia, nei paragrafi 28-31 della sentenza ha preliminarmente delimitato l'ambito del proprio giudizio. Ha rilevato che la Commissione europea non ha contestato i criteri contenuti nel decreto del 2004, piuttosto i poteri speciali istituiti dal decreto legge 332/94, con l'obiettivo di farli dichiarare non conformi al diritto comunitario. Sebbene la Commissione avesse sviluppato argomenti critici in merito ai poteri speciali, posti in essere dal decreto citato, la stessa non li ha rimessi in questione, limitandosi a contestare esclusivamente i criteri che consentono il loro esercizio. Ne consegue che la Corte si è pronunciata unicamente sulla conformità di questa disposizione con il diritto comunitario.

⁷ Come più volte ribadito dalla Corte, i poteri di intervento di uno Stato membro (come p.e. i poteri di opposizione) rappresentano un serio pregiudizio alla libera circolazione dei capitali, se le connesse condizioni di esercizio sono stabilite da criteri non subordinati ad alcuna condizione, salvo un legame generico alla tutela degli interessi nazionali e senza che vengano indicate le condizioni specifiche e obiettive in cui tali poteri verranno esercitati.

Commissione europea ha, tuttavia, considerato le modifiche introdotte insufficienti e, in data 16 febbraio 2011, ha inviato all'Italia un nuovo parere motivato in merito all'art. 4, commi 227-231 della legge finanziaria per il 2004 oltre che ai decreti del Presidente Consiglio dei Ministri del 17 settembre e del 28 settembre 1999 e agli statuti di Enel spa, Finmeccanica spa, Eni spa, Telecom Italia spa e Terna spa nella parte in cui si riferiscono ai poteri speciali in oggetto.

Il 24 novembre 2011 la Commissione europea, nell'ambito della procedura n. 2009/2255, ha deliberato di presentare un ricorso alla Corte di Giustizia contro l'Italia, dichiarando che alcune disposizioni della legislazione italiana (che conferiscono poteri speciali allo Stato su società privatizzate operanti in settori strategici, come le telecomunicazioni e l'energia) siano incompatibili con gli articoli 63 e 49 del TFUE⁸. In proposito, pur riconoscendo che gli interessi previsti dalla normativa italiana (approvvigionamento minimo di prodotti petroliferi, energetici, materie prime e beni essenziali alla collettività, difesa nazionale, sicurezza militare) possano essere considerati in astratto come interessi legittimi, la Commissione ritiene, tuttavia, che si riscontrano restrizioni inadeguate e sproporzionate ai fini del conseguimento dei legittimi obiettivi e quindi incompatibili con la libertà di stabilimento e di libera circolazione⁹, invitando l'Italia a modificare le disposizioni vigenti. A tale riguardo, sono state contestate le regole dettate in tema di poteri speciali, attribuiti allo Stato nell'ambito delle società privatizzate nel corso degli anni novanta - Eni, Enel, Finmeccanica e Telecom Italia¹⁰. Va precisato però che altri Stati europei - Portogallo, Regno Unito, Francia, Olanda, Spagna e Germania - hanno manifestato profili d'incompatibilità con l'ordinamento comunitario perché tendenti a limitare i principi di concorrenza e di contendibilità delle imprese in forza del conferimento ai governi nazionali di un potere discrezionale capace di contenere o impedire operazioni di acquisto di partecipazioni azionarie. Negli Stati Uniti, invece la materia è trattata dal Cfius, un potente comitato interministeriale che è tenuto a riunirsi ogni volta che si procede all'acquisto di

⁸ Il ricorso non è stato ancora depositato poiché la Commissione avrebbe preso atto dell'impegno concreto del nostro Paese di volersi al più presto conformare alla normativa UE.

⁹ Il decreto del 2004 non contiene precisazioni sulle circostanze concrete in cui può essere esercitato il potere di veto e i criteri da esso fissati non sono fondati su condizioni oggettive e controllabili.

Alcuni autorevoli esperti del diritto comunitario ritengono che i poteri speciali contenuti nel suddetto decreto devono essere esercitati nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi, *in primis*, del principio di non discriminazione. Devono ricorrere quindi "*circostanze di grave pericolo di carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, di materie prime e di beni essenziali alla collettività nonché di servizi di telecomunicazione e di trasporto di servizi pubblici, pericoli per la difesa nazionale, la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, emergenze sanitarie*". Secondo la Commissione, però, e la Corte ha confermato la pertinenza dell'osservazione, l'uso dei poteri speciali previsti dalla normativa italiana per raggiungere tali obiettivi è "*eccessivo*", i criteri per l'esercizio di questi poteri sono "*vaghi e di portata indeterminata*" e, di conseguenza, conferiscono alle autorità "*ampi poteri discrezionali nel giudicare i rischi per gli interessi dello Stato*".

¹⁰ M. Colangelo, Golden Share, diritto comunitario e i mercanti di Venezia, in Foro it., 2009, IV, p. 224 e ss.

assetamericani da parte degli stranieri. In ogni caso per il nostro Paese, la Commissione ha adottato un'apposita Comunicazione¹¹ affermando che l'esercizio dei suddetti poteri deve essere attuato senza discriminazioni ed è ammesso se si fonda su "*criteri obiettivi, stabili e resi pubblici*" e se è giustificato da "*motivi imperiosi di interesse generale*". Per quanto attiene agli specifici settori d'intervento, la Commissione ha consentito un regime particolare per gli investitori di un altro Stato membro, qualora esso sia giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica purché, in linea con la giurisprudenza della Corte, sia esclusa qualsiasi interpretazione basata su osservazioni di ordine economico. Nel settore finanziario, le deroghe ammesse non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali. La Commissione precisa ancora che la definizione dei poteri speciali deve rispettare il principio di proporzionalità, deve cioè attribuire allo Stato solo i poteri strettamente indispensabili per l'ottenimento dell'obiettivo stabilito.

L'art. 3 del D.L. n. 332/1994 ha previsto, altresì, la possibilità di inserire nuove clausole statutarie speciali – immodificabili per un periodo di tre anni - nello statuto di società operanti nel settore dei servizi pubblici, delle banche e nelle assicurazioni, controllate dallo Stato o da enti pubblici, anche territoriali ed economici. Con tali clausole si pone un limite al possesso azionario del singolo socio, del suo nucleo familiare e del gruppo di appartenenza pari al 5%¹², stabilendo parimenti che esso si debba applicare anche alle società operanti nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni a controllo diretto o indiretto pubblico e non più genericamente alle società operanti nei settori dei servizi pubblici in via di privatizzazione.

L'articolo 2449 del Codice civile dispone che lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o agli enti pubblici, che possiedono partecipazioni, la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, in numero proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. Tale potere di nomina da parte dello Stato o degli enti pubblici è concesso a prescindere dalla quota azionaria posseduta, quindi anche di minoranza. Questi soggetti, così nominati, hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea e possono essere revocati soltanto

¹¹ Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari (97/C220/06).

¹² L'art. 4 del decreto legge n. 332/94 ha previsto inoltre che l'elezione degli amministratori abbia luogo mediante voto di lista allo scopo di tutelare le minoranze azionarie: alle liste di minoranza deve essere complessivamente riservato un quinto degli amministratori e un rappresentante del collegio sindacale. La disciplina sui limiti massimi di possesso azionario è stata poi integrata in modo considerevole dalla norma contenuta nella legge finanziaria 2006, sulla c.d. *poison pill*. Uno strumento, utilizzato in altri ordinamenti esteri, che permetterebbe, in caso di offerta pubblica di acquisto inerente a società partecipate dalla mano pubblica, di decidere un aumento di capitale, attraverso il quale l'azionista pubblico potrebbe aumentare la propria quota di partecipazione rendendo nullo il tentativo di scalata.

dagli enti che li hanno nominati. Alle società, ricorrenti al mercato azionario, è prevista la possibilità di riservare allo Stato o agli enti partecipanti azioni fornite di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, ma non del voto nell'assemblea generale degli azionisti ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 2346 del codice civile in materia di emissione di azioni.

L'articolo 7 del decreto-legge n. 34 del 2011 ha autorizzato la Cassa Depositi e Prestiti ad assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale (la cui individuazione dei requisiti è stata poi eseguita dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 3 maggio 2011¹³), sia in termini di strategicità e di fatturato, sia di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese.

3. LA LEGGE 11 MAGGIO 2012, N. 56

L'articolo 1 della citata legge reca la nuova disciplina dei poteri esercitati dal Governo sulle società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale. Rispetto alla normativa precedente, la principale differenza va ricercata nell'esercizio dei poteri speciali verso tutte le società pubbliche o private che svolgono attività considerate di rilevanza strategica e non più esclusivamente rivolto alle società privatizzate o pubbliche. I DPCM, che individueranno le attività di rilevanza strategica per i settori difesa e sicurezza nazionale, dovranno essere aggiornati almeno ogni tre anni¹⁴. La nuova normativa pone perciò in rilievo l'ambito operativo della nuova disciplina, la quale consente l'esercizio dei poteri speciali a tutte le persone giuridiche che svolgono attività di rilevanza strategica e non più soltanto alle società privatizzate. I commi 2 e 3 dell'art. 1 stabiliscono i criteri per valutare l'esistenza dei requisiti per l'esercizio dei poteri speciali, attivabili in presenza di una minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi della sicurezza nazionale¹⁵.

¹³ Le società considerate di rilevante interesse nazionale sono quelle che possiedono un fatturato annuo netto non inferiore a 300 milioni di euro e un numero medio di dipendenti, nel corso dell'ultimo esercizio, non inferiore a 250 (qualora rientri nel 20% di tali valori, l'attività della società deve risultare rilevante in termini di indotto e di benefici del sistema economico-produttivo del Paese, anche in termini di presenza sul territorio di stabilimenti produttivi). Per approfondimenti si veda la pagina web <http://www.cassaddpp.it/cdp/AreaGenerale/InformazioniFinanziarie/Partecipazioni>.

¹⁴ Al Presidente del Consiglio dei Ministri spetta il compito di: 1) indicare le attività di rilevanza strategica per il settore di difesa e sicurezza nazionale, in rapporto alle quali potranno essere avviati i poteri speciali solo in presenza di una minaccia effettiva o di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale; 2) il concreto esercizio dei poteri speciali; 3) l'individuazione di ulteriori disposizioni attuative.

¹⁵ Nel settore della sicurezza e della difesa nazionale i singoli poteri speciali sono: 1) l'imposizione di specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni, nel caso di acquisto a qualsiasi tipo di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema difesa e sicurezza nazionale; 2) il potere di porre il veto all'adozione di delibere relative a operazioni straordinarie o, comunque, di particolare rilevanza (fusione o scissione della società, trasferimento d'azienda, di rami di essa o di società controllate; trasferimento all'estero della sede sociale; mutamento dell'oggetto sociale; scioglimento della società; la modifica di clausole statuarie eventualmente adottate ai sensi dell'art. 2351, terzo comma, c.c. ovvero introdotte ai sensi dell'art. 3, primo comma, del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332; cessione dei

Rispetto alla passata disciplina, le condizioni, i requisiti e le modalità di esercizio dei c.d. poteri speciali sono ricondotti con il decreto legge ad un provvedimento avente forza di legge, dunque sottratti alla discrezionalità dell'Esecutivo.

I commi 4 e 5 regolano gli aspetti procedurali dell'esercizio dei poteri speciali e le conseguenze che derivano dagli stessi o dalla loro violazione. Il comma 4 stabilisce che, ai fini dell'esercizio del potere di veto sull'adozione di alcune tipologie di delibere delle imprese nel comparto della difesa e della sicurezza nazionale, le stesse siano obbligate a notificare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un'informativa completa sulla delibera da adottare, al fine di consentire il tempestivo esercizio del potere di veto dal Governo¹⁶. Entro quindici giorni dalla notifica, il Presidente del Consiglio dei Ministri comunica l'eventuale veto che deve essere deliberato con decreto¹⁷.

Il comma 5 dispone le modalità procedurali di esercizio dei poteri d'imposizione di condizioni o di opposizione all'acquisto di partecipazioni in imprese strategiche nel settore comparto difesa e sicurezza¹⁸. Se l'acquisizione ha ad oggetto azioni di una società ammessa alla negoziazione nei mercati regolamentati, la notifica deve essere effettuata qualora l'acquirente detenga, a seguito dell'acquisizione, una partecipazione superiore al 2% del capitale così come devono essere notificate le acquisizioni al superamento delle soglie del 3 per cento, 5 per cento, 10 per cento, 15 per cento, 20 per cento e 25 per cento. Fino alla notifica e, comunque, fino alla decorrenza del termine per l'imposizione di condizioni o per l'esercizio del potere di opposizione, i diritti di voto e quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, legati ad azioni che rappresentano la partecipazione rilevante, sono sospesi. In caso di esercizio del potere di opposizione all'acquisto di partecipazioni, al cessionario è inibito l'esercizio dei diritti di voto e di quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, legati alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante; il soggetto dovrà cedere le stesse azioni entro un anno.

diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali, o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego) e l'esercizio di tale potere deve essere puntualmente motivato; 3) l'opposizione all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in un'impresa che svolge attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale da parte di un soggetto diverso dallo Stato italiano, enti pubblici o soggetti da questi controllati.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 114 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, le norme specificano che da tale notifica non derivano obblighi di notifica al pubblico né per la Presidenza del Consiglio dei Ministri né per l'impresa.

¹⁷ Nel rispetto del principio di proporzionalità, la norma dispone una graduazione dell'esercizio del potere del Governo in rapporto alla situazione che si verifica. Il potere di veto si esercita nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni o condizioni ogni volta che ciò sarà sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

¹⁸ L'acquisizione di partecipazioni deve essere notificata entro dieci giorni alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, trasmettendo, al contempo, le informazioni necessarie (comprendenti di descrizione generale del progetto di acquisizione, dell'acquirente e del suo ambito di operatività) per le valutazioni sull'eventuale sussistenza di una minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale.

L'articolo 2 riferisce la disciplina dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Alla disciplina secondaria vengono affidate le funzioni relative all'individuazione degli *asset* strategici nel settore dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni; all'esercizio dei poteri speciali; all'individuazione di ulteriori disposizioni attuative della nuova disciplina. I poteri speciali, esercitabili nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, consistono nella possibilità di valersi del diritto di veto alle delibere, agli atti e alle operazioni concernenti *asset* strategici, in presenza dei requisiti richiamati dalla legge; di porre condizioni all'efficacia dell'acquisto di partecipazioni da parte di soggetti esterni all'UE e, in casi eccezionali, opporsi all'acquisto stesso. Il comma 2 prevede l'obbligo di notificare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri qualsiasi delibera, atto o operazione adottata da una società che detiene uno o più degli attivi strategici (reti, impianti, i beni aventi rilevanza strategica)¹⁹. La notifica deve avvenire entro dieci giorni e, in ogni caso, prima che ne sia data attuazione e sempre nei predetti termini devono essere notificate le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione riguardanti il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi. Il comma 3 stabilisce che l'Esecutivo possa esprimere il veto alle delibere, agli atti e alle operazioni che diano luogo ad una situazione eccezionale di minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti.

Il comma 4 dispone che per il settore dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni si prevede la possibilità di graduare l'esercizio dei poteri speciali secondo un criterio di proporzionalità rispetto all'interesse pubblico tutelato, mentre il comma 5 obbliga a notificare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, entro dieci giorni, l'acquisto a qualsiasi titolo da parte di un soggetto esterno all'Unione europea²⁰. Ad un esame dell'articolo, si evidenzia che l'esercizio del potere di veto è subordinato all'esistenza di una situazione eccezionale di minaccia effettiva di grave pregiudizio per i suddetti interessi qualificati come pubblici e non come essenziali. Appare dunque chiaro che la legge n.56 richieda, rispetto alla precedente normativa ormai abrogata, condizioni più stringenti per l'attivazione del potere di veto dell'Esecutivo. Il comma 7 riferisce i criteri di esercizio dei

¹⁹ Le delibere dovrebbero produrre modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi; cambiamento della loro destinazione, comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società; trasferimento all'estero della sede sociale; il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia.

²⁰ La norma definisce "soggetto esterno all'Unione europea" qualsiasi persona fisica o giuridica che non abbia la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che non sia comunque ivi stabilito.

poteri speciali – enucleati dalla norma di rango primario – che devono essere esercitati in considerazione di criteri oggettivi e non discriminatori²¹.

L'articolo 3 prevede le norme generali, transitorie e le necessarie abrogazioni, nonché le disposizioni in materia di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. È abrogata la disciplina dei poteri speciali indicata all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 a decorrere dalla data di entrata in vigore del primo DPCM attuativo della nuova disciplina. Nelle more, si dispone che gli amministratori senza diritto di voto, nominati ai sensi della precedente norma e in carica alla data della sua abrogazione, cessino la loro funzione alla scadenza del mandato²².

I commi 6,7 e 8 intervengono sul Codice del processo amministrativo attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed alla competenza inderogabile del Tar di Roma le controversie - attraverso l'applicazione del rito abbreviato - riguardanti provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri speciali delle attività di rilevanza strategica nei settori difesa, sicurezza nazionale, energia, trasporti e comunicazioni. Il comma 6 intercede sull'articolo 119 del Codice sul rito abbreviato per prevederlo pure per i giudizi sull'esercizio dei poteri speciali,²³ mentre il comma 7 interviene sull'art. 135 del Codice per assicurare la competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma per le controversie inerenti all'esercizio dei poteri speciali.

L'articolo 4 è relativo alla clausola di invarianza finanziaria, attraverso la quale ribadisce la necessità che dall'attuazione della legge non debbano derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. Le attività previste nel decreto dovranno essere svolte dalle Amministrazioni interessate nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente. A tale riguardo occorre menzionare anche la relazione tecnica, predisposta dal Servizio Bilancio dello Stato, la quale afferma che dal

²¹Il Governo considera come criterio oggettivo la sussistenza di legami fra l'acquirente e paesi terzi che non riconoscono i principi di democrazia o dello Stato di diritto o che hanno assunto comportamenti a rischio nei confronti della comunità internazionale. L'Esecutivo potrebbe esercitare il potere speciale ritenendo l'idoneità dell'assetto non conforme, tenuto conto delle modalità di finanziamento dell'acquisizione e della capacità economica e finanziaria dell'acquirente, al fine di garantire la sicurezza e la continuità degli approvvigionamenti e il mantenimento, la sicurezza e l'operatività delle reti e degli impianti.

²²La norma in esame intende conformarsi ai rilievi espressi dalla Commissione europea nel parere reso il 16 febbraio 2011. Di conseguenza i commi 3 e 4 dispongono che, a decorrere dalla data di adozione dei nuovi DPCM di attuazione della nuova disciplina, cessano di avere efficacia i provvedimenti attribuiti al Ministero dell'economia e finanze dei poteri speciali nella disciplina statutaria delle seguenti società: Finmeccanica S.p.A., Enel S.p.A. e Snam rete gas S.p.A.

²³Nell'art. 119 del Codice sono confluite le disposizioni, in origine contenute nell'art. 23-bis della legge sui Tar, con l'inserimento di un maggior numero di materie. Il rito si esplica con il dimezzamento di tutti i termini processuali, salvo quelli per l'introduzione delle domande in primo grado (ricorso, motivi aggiunti, ricorso incidentale) e quelli per la notifica e il deposito dell'appello cautelare (avverso l'ordinanza cautelare) ai sensi dell'art. 62, comma 1.

provvedimento non derivano nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, poiché esso è finalizzato esclusivamente a modificare la normativa già esistente²⁴.

Alla disciplina secondaria - decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri -vengono affidate le seguenti funzioni:

- individuazione di attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale in rapporto alle quali potranno essere attivati i poteri speciali; individuazione della tipologia di atti o operazioni infragruppo esclusi dall'ambito operativo della nuova disciplina;
- concreto esercizio dei poteri speciali;
- individuazione di ulteriori disposizioni attuative.

Con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 novembre 2012, n. 253 sono state individuate le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale. Successivamente con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 ottobre 2013, n. 129 è stata prevista una modifica del citato DPCM del 30 novembre per far rientrare, ai fini dell'esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 1 del Decreto legge n. 21 del 2012, tra gli attivi di rilevanza strategici *“le reti e gli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultralarga”*²⁵. La scelta perseguita dall'Esecutivo è stata quella di ricomprendere tra le reti di comunicazione anche tra gli *asset* strategici per la sicurezza nazionale e la difesa. Siffatta soluzione pretende di estendere, qualora ne ricorrano i presupposti, l'ampiezza del “potere speciale” del Governo nei confronti, altresì, di soggetti appartenenti all'Unione europea.

Il 25 novembre 2013, la Commissione europea ha trasmesso all'Italia una nota in cui, in riferimento al DPCM n. 129/2013, ha definito il decreto potenzialmente lesivo della libertà di circolazione dei capitali poiché *“contiene una definizione molto ampia degli attivi strategici che copre potenzialmente la gestione e il funzionamento di quasi tutti gli impianti di comunicazione”* e, al contempo, nel prendere atto che i decreti attuativi, di cui all'art. 2, del decreto legge n. 21 del 2012, non fossero ancora stati emanati, invitava

²⁴ Con il decreto-legge in esame potrà essere evitata un'eventuale sentenza di condanna dalla Corte di Giustizia e la conseguente irrogazione di sanzioni pecuniarie, qualora si arrivasse ad un ulteriore deferimento alla Corte.

²⁵ Rientra nella definizione degli attivi strategici la rete fissa di telecomunicazioni, in quanto sottesa alla fornitura del servizio universale, vale a dire di una connettività rivolta alla totalità del territorio e della popolazione. In particolare: per i servizi a banda larga, la rete di accesso è in gran parte la stessa di quella della fornitura del servizio universale mentre bisogna considerare ulteriori impianti (apparati di commutazione dati, server, circuiti di collegamento a lunga distanza) per la rete di commutazione e trasmissione nazionale; per i servizi a banda ultralarga, che prevedono velocità di trasmissione maggiore di 20 Megabit al secondo, bisogna invece considerare una rete di accesso di nuova generazione, nella cui sezione primaria preveda la fibra ottica mentre in quella secondaria l'utilizzazione del rame. Per quanto riguarda le reti mobili, esse non dovrebbero essere considerate rientranti nella definizione dei c.d. attivi strategici sebbene in grado di fornire servizi a banda larga perché assimilabili a quello erogati dalle reti per la banda ultralarga.

l'Italia a chiarire quale fosse “*il collegamento tra le attività nel settore delle comunicazioni incluse nel nuovo decreto e gli interessi essenziali di sicurezza che potrebbero essere seriamente pregiudicati*”.

In data 4 dicembre 2013, il Governo italiano ha risposto alla Commissione comunicando che un nuovo regolamento contenente la “*individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema difesa e sicurezza nazionale*” sarebbe stato presto emanato. Per esigenze di semplificazione, il DPCM 6 giugno 2014, n.108 (su cui v. anche *infra*) è finalizzato a riunire in un unico Regolamento le norme che individuano le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, incluse le attività strategiche chiave e contestualmente l'articolo 6 abroga espressamente il DPCM n. 253/2012. Ne deriva che il DPCM n. 253 del 2013, oggetto di censura (seppure mai applicata) è, quindi, definitivamente superato dal nuovo testo, entrato in vigore il 15 agosto 2014.

Il DPCM 20 marzo 2014, n. 35 ha individuato le procedure per l'attivazione dei poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale.

Infine occorre precisare che, con disposizioni simili a quelle previste per il comparto sicurezza e difesa (articolo 2), alla disciplina secondaria - attraverso regolamenti (anziché DPCM) da adottare previo parere delle Commissioni parlamentari competenti - sono affidate le seguenti funzioni:

- individuazione degli *asset* strategici nel settore dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni;
- esercizio dei poteri speciali;
- individuazione di ulteriori disposizioni attuative della nuova disciplina.

Nella Gazzetta Ufficiale dello scorso 6 giugno sono stati pubblicati due regolamenti sui poteri speciali (i c.d. *goldenpower*) nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni: il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 85 contenente il “Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica” e il D.P.R. 25 marzo 2014, n. 86 contenente il “Regolamento per l'individuazione delle procedure per l'attivazione dei poteri speciali”, ambedue in vigore dal 7 giugno 2014. A tale riguardo, l'articolo 6 del Regolamento n. 85 individua le procedure per l'esercizio dei poteri speciali previsti dall'articolo 2, commi 3 e 4, del decreto-legge, adottate nei confronti di soggetti interni ed esterni all'Unione europea, mentre la proposta di esercizio dei poteri speciali, previsti

dall'articolo 2, comma 6, del decreto-legge, è adottata solo nei confronti di soggetti esterni all'Unione europea²⁶.

Con il D.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108 è stato adottato il Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema difesa e sicurezza nazionale. Si è provveduto a riunire in un unico Regolamento le norme che individuano le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, comprese quelle considerate prioritarie, di competenza sia del Ministro dell'interno sia del Ministro della difesa, procedendo contestualmente all'abrogazione del citato D.P.C.M. n. 253 del 2012, come modificato dal DPCM n. 129 del 2013.

In proposito l'articolo 1, comma 1, del decreto in esame, ha trovato attuazione con il citato Regolamento che, all'art. 1, individua le attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale di competenza del Ministero della Difesa. I commi 2 e 3 del suddetto articolo precisano i criteri per valutare l'esistenza dei requisiti per l'esercizio dei poteri speciali, mentre i commi 4 e 5 definiscono gli aspetti procedurali dell'esercizio dei poteri speciali e gli effetti che derivano dagli stessi o dalla loro violazione; il comma 7 prevede, con cadenza triennale, l'aggiornamento dei decreti che individuano le attività di rilevanza strategica per il sistema difesa e di sicurezza nazionale. L'articolo 2 disciplina i poteri speciali nei comparti dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Le disposizioni sono simili a quelle previste dall'art. 1 e affida a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri le funzioni inerenti all'individuazione degli asset strategici nel settore dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni; all'esercizio dei poteri speciali; all'individuazione di ulteriori disposizioni attuative della nuova disciplina.

26 D.P.R. 85/2014, art. 6, comma 3. Nel caso in cui i poteri speciali siano esercitati nella forma di assunzione da parte dell'acquirente di impegni diretti a garantire la tutela degli interessi essenziali dello Stato, di cui all'articolo 2, comma 3, del decreto-legge, ai sensi dell'articolo 2, comma 6, del decreto-legge, lo schema di provvedimento indica:

- a) le specifiche prescrizioni o condizioni richieste all'impresa;
- b) specifici criteri e modalità di monitoraggio;
- c) l'amministrazione competente a svolgere il monitoraggio delle prescrizioni o condizioni richieste, nonché l'organo da essa incaricato di curare le relative attività;
- d) le sanzioni previste dal decreto-legge in caso di inottemperanza, anche tenuto conto delle previsioni di cui all'articolo 8.

Comma 4. L'Ufficio della Presidenza del Consiglio, di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a), comunica al notificante il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di esercizio dei poteri speciali il giorno stesso e contestualmente dà comunicazione della sua adozione alle competenti Commissioni parlamentari.

Comma 5. Nel caso di mancato esercizio del potere di veto, l'impresa di cui all'articolo 4, comma 1, trasmette tempestivamente le delibere adottate alla Presidenza del Consiglio.

Comma 6. Il termine di 15 giorni di cui all'articolo 2, commi 4 e 6, del decreto-legge decorre dalla effettiva ricezione da parte dell'ufficio di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a), della notifica completa della necessaria documentazione.

Comma 7. Nel computo dei termini previsti dall'articolo 2 del decreto-legge sono esclusi il sabato, la domenica e le festività nazionali.

4. CONCLUSIONI

La legge in rassegna interviene nella disciplina della c.d. *golden share* riformulando le condizioni e l'ambito dell'esercizio dei poteri speciali dello Stato sulle società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché in taluni ambiti di attività definiti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Una riforma radicale rispetto alla normativa previgente perché disciplina da un lato materie sulle libertà individuali quali la libertà d'impresa, i principi costituzionali e dell'Unione Europea, il diritto alla concorrenza, la libertà di iniziativa economica, il diritto di proprietà, dall'altro le esigenze prioritarie di interesse pubblico, in particolare quelle della difesa e della sicurezza nazionale.

Questa legge cerca di porre riparo alle censure sollevate dalla Commissione europea ed alla pronuncia di condanna da parte della Corte di giustizia, la quale si è limitata a rilevare che non possono essere negate le preoccupazioni che a seconda delle circostanze possono giustificare che Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale ed essenziale, aggiungendo, tuttavia, che tali preoccupazioni non possono permettere agli Stati membri di far valere i loro regimi di proprietà per giustificare ostacoli alla libertà del diritto comunitario derivanti da privilegi che accompagnano la loro posizione di azionisti in un'impresa privatizzata.

Ne consegue che i Governi che difendono le normative sulle *golden share* devono dimostrare che la presenza dello Stato è adeguata allo scopo perseguito o comunque che i poteri speciali che sono attribuiti allo Stato servono a soddisfare l'interesse che sta alla base della posizione di questi poteri speciali.

La "minaccia di grave pregiudizio" per gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale dovrà essere, di volta in volta, valutata dall'Esecutivo tenendo conto i principi di proporzionalità e ragionevolezza e disponendo di tre strumenti di crescente importanza:

- 1) condizioni prescrittive all'acquisto di partecipazioni;
- 2) veto all'adozione di delibere da parte degli organi societari;
- 3) opposizione all'acquisto che si può innescare contro qualsiasi soggetto nel settore della difesa e della sicurezza mentre negli altri settori è applicabile a soggetti esterni all'Unione Europea tenuto conto degli accordi internazionali vigenti.

I decreti e i regolamenti attuativi hanno risposto concretamente alla preoccupazione diffusa sulla complessa gestione degli adempimenti che la riforma ha imposto, definendo le modalità organizzative dell'esercizio dei poteri speciali. E' anche augurabile che gli investitori internazionali,

dinanzi ad un quadro normativo chiaro che riduce la discrezionalità dell'Esecutivo, possano essere ben motivati a investire a lungo termine nel nostro Paese.

D'altra parte l'Unione Europea non ha posto il divieto all'esistenza di imprese pubbliche ma ha chiesto che il mercato dei capitali sia libero e di conseguenza imprese a parziale partecipazione pubblica, collocate sul mercato dei capitali, non debbano essere sottoposte a poteri discrezionali. Allo Stato è quindi concesso mantenere una *golden share* ma solo se applicato a interessi nazionali e con forme "adeguate e proporzionali". In ogni caso, i Trattati europei non si oppongono alla decisione dello Stato di intervenire con strumenti di diretta proprietà. Resta possibile, ad esempio, usufruire della Cassa Depositi e Prestiti e i suoi Fondi per interventi sull'economia, anche mediante partecipazioni al capitale societario. Così come la disciplina della *poisonpill*, introdotta nel 2006, interviene direttamente nel caso di scalata ostile ad un'impresa pubblica. Se ne deduce che con i nuovi poteri speciali non viene eliminato l'intervento pubblico nell'economia ma lo si sta definendo dentro regole più in linea con l'Unione Europea. L'auspicio è che attraverso questa ampia gamma di strumenti, lo Stato italiano sia in grado di gestire decisioni e esercizio del potere di intervento per le questioni di rilevanza strategica per il rilancio economico del paese, restando nel solco delle regole della democrazia e della trasparenza.