

2023



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it

L'amministrazione straordinaria delle società partecipate in base all'articolo 2 del decreto legge 2 del 2023, che dispone misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale

Sommario:

1. La norma e le sue motivazioni
2. Una norma singolare, che produce una disegualianza
3. Un procedimento ad istanza di parte, ma una istanza rimessa ad altro soggetto
4. L'identificazione tra soggetto istante e soggetto decidente
5. Conclusioni

1. La norma e le sue motivazioni

La norma dell'articolo 2 del decreto legge 2 del 2023 dispone che: *“All'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Nei casi di società partecipate dallo Stato, ad eccezione di quelle quotate, l'ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria di imprese che gestiscono uno o più stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, può avvenire, su istanza del socio pubblico che detenga almeno il 30 per cento delle quote societarie, quando il socio stesso abbia segnalato all'organo amministrativo la ricorrenza dei requisiti di cui all'articolo 1 e l'organo amministrativo, ricorrendo i suddetti requisiti, abbia omesso di presentare l'istanza di cui al comma 1 entro i successivi quindici giorni».*



Per rendersi conto della portata della norma, in assenza di indicazioni ulteriori contenute nella “relazione illustrativa” e nella “relazione tecnica” al disegno di legge di conversione del decreto legge, occorre risalire alla deliberazione del Consiglio dei ministri del 28 dicembre 2022, n. 14. Infatti, in quella sede il ministro competente ha presentato una relazione nella quale ha fornito una. *“Informativa... sull'accordo di rafforzamento patrimoniale produttivo di Acciaierie d'Italia”* nei seguenti termini: *“Il Ministro delle imprese e del Made in Italy Adolfo Urso ha illustrato al Consiglio dei Ministri un nuovo accordo tra gli azionisti di Acciaierie d'Italia ArcelorMittal e Invitalia che prevede: il rilancio del sito produttivo, con garanzie occupazionali e obiettivi di produzione superiori a quelli conseguiti da Acciaierie d'Italia nell'ultimo biennio; la riconversione industriale dell'impianto, al fine di renderlo sostenibile, e il risanamento ambientale delle aree interessate, con il completamento dell'Autorizzazione integrata ambientale (AIA) nei tempi previsti; investimenti legati allo sviluppo industriale e al polo di Taranto. Per realizzare questi obiettivi, le parti hanno convenuto di modificare i patti parasociali incidendo su aspetti cruciali come la partecipazione azionaria e la futura governance e determinando gli impegni finanziari dei soci, proporzionali alla quota azionaria. Il Ministro ha inoltre comunicato di aver convocato il tavolo ex-Ilva per il prossimo 19 gennaio”*.

Dal comunicato stampa del Consiglio dei ministri emerge, quanto all'art. 2, una precisa finalità: *“si forniscono allo Stato strumenti rapidi per intervenire laddove la gestione delle imprese di interesse strategico nazionale dovesse ritenersi non adeguata. A tal fine, l'ammissione immediata all'amministrazione straordinaria può avvenire, con riferimento alle società partecipate dallo Stato non quotate in borsa, su istanza del socio pubblico detentore di una minoranza qualificata di quote azionarie, qualora gli amministratori siano rimasti inerti a fronte della ricorrenza dei presupposti per accedere alla procedura”*.

La nuova norma si innesta sul D.L. n. 347/2003, conv. in L. n. 39/2004, relativo alla ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, art. 2, intitolato *“Ammissione immediata all'amministrazione straordinaria”*, che dispone: *“1. l'impresa che si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 1 può richiedere al Ministro delle attività produttive, con istanza motivata e corredata di adeguata documentazione, presentando contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale competente ai sensi dell'articolo 27, comma 1, del codice della crisi e dell'insolvenza, l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, tramite la ristrutturazione economica e finanziaria di cui all'articolo 27, comma 2,*



lettera b), del decreto legislativo n. 270, ovvero tramite la cessione dei complessi aziendali di cui al comma 2, lettera a), del medesimo articolo 27.

2. Con proprio decreto il Ministro delle attività produttive provvede, valutati i requisiti di cui all'articolo 1 all'ammissione immediata dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria e alla nomina del commissario straordinario, con le modalità di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 270 in conformità ai criteri fissati dal medesimo Ministro. Per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali ovvero che gestiscono almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, l'ammissione immediata alla procedura di amministrazione straordinaria, la nomina del commissario straordinario e la determinazione del relativo compenso, ivi incluse le altre condizioni dell'incarico anche in deroga alla vigente normativa in materia, sono disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro dello sviluppo economico, con le modalità di cui all'articolo 38 del decreto legislativo n. 270, in quanto compatibili, e in conformità ai criteri fissati dal medesimo decreto. Tale decreto può prescrivere il compimento di atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura. 2 bis. Il decreto di cui al comma 2 determina lo spossessamento del debitore e l'affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente. Determina altresì gli effetti di cui all'articolo 48 del decreto legislativo n. 270 e agli articoli 42, 44, 45, 46 e 47 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale dell'impresa, sta in giudizio il commissario straordinario. 2-ter. L'istanza per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di imprese che gestiscono almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, che sono soggette al commissariamento straordinario ai sensi del decreto-legge 4 giugno 2013, n. 61, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2013, n. 89, è presentata dal commissario straordinario. In tal caso, il commissario straordinario ai sensi del medesimo decreto-legge n. 61 del 2013 può essere nominato commissario straordinario della procedura di amministrazione straordinaria. 3. Il decreto di cui al comma 2 é comunicato immediatamente al competente tribunale”.

2 . Una norma singolare, che produce una disegualianza

Il primo profilo problematico della norma dell'art. 2 del D.L. n. 2/2023 è che essa appare scritta in maniera astratta, ma è in realtà singolare, perché chiaramente riferibile soltanto ad Acciaierie d'Italia S.p.A. - ADI. Infatti, anche se la motivazione è di "assicurare la continuità produttiva degli stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale", l'articolo 2 è collocato nel capo I, che ha come titolo "disposizioni relative al settore siderurgico".

Inoltre, soltanto il sito di Taranto, gestito da ADI in regime di affitto d'azienda, risulta qualificato come stabilimento industriale di interesse strategico nazionale e, lo Stato, tramite l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. - Invitalia, detiene una partecipazione appunto qualificata (38%) nel capitale della controllante di ADI, Acciaierie d'Italia Holding S.p.A. - ADI Holding la cui quota di maggioranza (62%) è detenuta dal gruppo lussemburghese ArcelorMittal-.

Il carattere problematico della norma è accentuato dalla circostanza che essa prevede una procedura speciale, accelerata, per una sola fattispecie, nel già ristretto novero delle imprese che gestiscono uno stabilimento di interesse strategico, quelle con partecipazione pubblica qualificata (purché non quotata), perché è dettata solo per i "*casi di società partecipate dallo Stato*". Fa quindi discendere dall'esserci una partecipazione pubblica una diversa articolazione della fase di iniziativa del procedimento di "ammissione immediata", producendo una differenziazione che non ha una sufficiente e ragionevole base, come richiesto dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale per tutti i casi nei quali la norma produce una differenziazione nel trattamento di casi eguali.

3 . Un procedimento ad istanza di parte, ma una istanza rimessa ad altro soggetto

Il secondo profilo problematico della norma contenuta nell'art. 2 riguarda la circostanza che il procedimento di ammissione immediata è configurato come un procedimento ad istanza di parte che, nel caso di società partecipate dallo Stato che gestiscono uno stabilimento di interesse strategico, può essere però diversa dalla parte.

La norma della cd. legge Marzano è relativa alle imprese che "intendono avvalersi della procedura di ristrutturazione economica finanziaria" (art. 1). La disciplina

contenuta nell'art. 2 del D.L. n. 2/2023 introduce una diversa procedura di accesso, diversa per la fase dell'iniziativa, producendo molte anomalie, per quanto riguarda ADI, società su cui la norma è evidentemente ritagliata.

In primo luogo, conferisce ad un azionista, che non ha - in base al diritto delle società per azioni contenuto nel codice civile - compiti gestionali, un potere che incide radicalmente sulla gestione, in quanto, tra l'altro, produce lo "spossessamento" dell'impresa. Infatti, agli azionisti di una società per azioni (peraltro con deliberazione a maggioranza dell'assemblea) può essere attribuito il potere di autorizzare atti gestori, non di disporli.

Tale anomalia è ancor più evidente alla luce degli articoli 120 *bis* e seguenti del recente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. n. 14/2019), che hanno attribuito al solo organo di gestione, e non agli azionisti, la competenza esclusiva circa la decisione di ricorrere a uno degli strumenti di regolazione della crisi ivi previsti. Tale riparto di competenze è stato ulteriormente rafforzato inibendo agli azionisti la facoltà di revocare l'organo di gestione, e così sostituirlo con membri disposti a seguire l'interesse degli azionisti, anziché quello sociale e dei creditori.

È principio ormai costante, e ora riflesso anche all'articolo 7, comma 2, del Codice della crisi, che, in presenza di più domande, si debba dare priorità a quella che sia intesa a regolare la crisi con strumenti diversi da quello della liquidazione giudiziale o liquidazione controllata. Sebbene tale norma non faccia riferimento anche all'amministrazione straordinaria, è ragionevole ritenere che essa sia intesa anche a non privare la società, e in particolare l'organo gestorio, della prerogativa di valutare quale sia lo strumento di regolazione della crisi più idoneo e, per quanto possibile, di rimanerne in controllo. Infatti, l'amministrazione straordinaria, così come le citate liquidazione giudiziale (prima nota come "fallimento") e liquidazione controllata, è caratterizzata dal totale spossessamento dell'impresa e dall'assegnazione delle relative decisioni a un soggetto nominato da terzi (il Commissario straordinario o il Curatore).

In secondo luogo, la norma esaminata attribuisce questo importante compito ad un azionista di minoranza, in quanto proprietario del 30% delle azioni, violando un altro principio cardine del diritto societario, quello di maggioranza. Si aggiunga che tale potere è attribuito solo nell'ipotesi di società non quotate: così si discrimina a seconda del fatto che i titoli della società siano ammessi o meno su mercati regolamentati.

In terzo luogo, la norma discrimina tra azionisti, conferendo il potere in esame al solo azionista a controllo pubblico, a discapito del o degli azionisti privati.

In quarto luogo, la norma conferisce un potere ad un azionista indiretto. Infatti, Invitalia, il cui capitale è tutto di proprietà del Ministero dell'economia e delle finanze, è proprietaria del 38% del capitale di ADI Holding, la quale, a sua volta, ha il 100% del capitale di ADI società operativa. Quindi, dovendo eventualmente l'intervento di ristrutturazione essere compiuto con relazione alla società operativa e non alla holding (la quale non gestisce alcuna impresa), l'effetto della norma introdotta dall'art. 2 sarebbe quello non solo di conferire un potere gestionale all'azionista, ma anche di conferirlo all'azionista di minoranza, e addirittura ad un azionista indiretto.

In questo modo, si producono numerose anomalie rispetto al modello del codice civile e del Codice della crisi. Innanzitutto, perché, secondo gli articoli 2346 e seguenti del codice civile, l'azionista ha diritto agli utili, ha diritto di voto nelle assemblee e può provvedere all'impugnazione di delibere assembleari, ma non ha diritti che attengono alla gestione diretta della società. L'articolo 2359 regola le società controllate e collegate, ma sempre attraverso l'assemblea dei soci o "particolari vincoli contrattuali". Ancor più chiaro è il già richiamato articolo 120 *bis* del Codice della crisi.

La norma dell'art. 2, che è stata definita di amministrazione straordinaria "dichiarata d'ufficio", in virtù di una legge che è stata chiamata "catenaccio", conferisce al socio di minoranza il potere di espropriare del potere di iniziativa nel procedimento il soggetto interessato, senza neppure consultazione del socio di maggioranza, con riferimento ad una società con partecipazione indiretta, e quindi aggirando l'azionista diretto, che è nella specie è ADI Holding.

Le anomalie giuridiche sono ancor più evidenti se si pensa che l'azionista di minoranza non può presentare contestuale ricorso per lo stato di insolvenza, come prevede l'art. 2.2 del D.L. del 2003, il quale dispone che *"l'impresa che si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 1 può richiedere al Ministro delle attività produttive, con istanza motivata e corredata di adeguata documentazione, presentando contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale competente ai sensi dell'articolo 27, comma 1, del codice della crisi e dell'insolvenza..."*

4. L'identificazione tra soggetto istante e soggetto decidente

L'ultimo e più grave rilievo da fare alla norma riguarda l'identificazione tra soggetto istante e soggetto decidente. Infatti, secondo l'art. 2 del D.L. n. 2/2023, il soggetto istante sarebbe la società Invitalia, con partecipazione interamente detenuta dallo Stato, e gestita dal Ministero dell'economia e delle finanze, il quale si presenterebbe come richiedente a due altri organi dello Stato, il Ministero dell'impresa e del made in Italy e la Presidenza del Consiglio dei Ministri (che difficilmente potrebbero rigettare la richiesta) per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, così spossessando la società sottoposta ad amministrazione straordinaria (l'art. 3.1 del D.L. n. 347/2003 dispone che il commissario straordinario "provvede all'amministrazione dell'impresa") ed espropriando l'azionista privato (di maggioranza), in quanto l'amministrazione straordinaria assumerebbe la gestione commissariale. Il provvedimento avrebbe una natura sostanzialmente espropriativa dell'azionista di maggioranza, in violazione dell'articolo 43 della Costituzione, che prevede che a fini di utilità generale la legge può trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, imprese o categorie di imprese, e quindi prevede che l'espropriazione sia accompagnata da un indennizzo.

L'effetto ultimo di questa norma è sia di prevedere lo spossessamento della società e l'affidamento ad un commissario straordinario non ad istanza dell'interessato, sia di assicurare allo Stato, azionista di minoranza (indiretto), il potere di chiedere a sé stesso l'immediata ammissione e di concedere lo "spossessamento" della società, e principalmente dell'azionista di maggioranza.

Per di più questi effetti si produrrebbero nei confronti di una società costituita ed operante in uno Stato membro dell'Unione Europea, che in quanto tale gode della protezione dei propri investimenti garantita dall'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE in tema di libertà di stabilimento. La Corte di Giustizia ha più volte deciso che (a) l'articolo 49 vieta qualsiasi disposizione nazionale che possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione, della libertà di stabilimento; simili effetti restrittivi possono prodursi in particolare quando una società, a causa di una normativa nazionale, possa essere dissuasa, ad esempio, dall'acquisire o mantenere una partecipazione tramite la quale esercitare influenza significativa o il controllo su un'impresa sita in tale Stato membro, e (b) in tale caso, la disposizione nazionale in questione deve essere

direttamente disapplicata tanto dai giudici che dalle autorità amministrative dello Stato membro.

5 . Conclusioni

Come si legge nel comunicato del Consiglio dei ministri che ha approvato il decreto legge nel quale è contenuto l'articolo 2 qui esaminato, lo scopo della norma è di dotare lo Stato di "strumenti rapidi" nel caso di "inadeguatezza della gestione". Questi strumenti debbono però essere anche legittimi. E questo non è il caso, per tre motivi, che si riassumono, per concludere.

In primo luogo, viene violato il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., perché la norma è disposta solo per il caso di società con partecipazione pubblica qualificata (purché non quotata), perché è dettata per i "*casi di società partecipate dallo Stato*". Ora, la legge può dettare disposizioni che producono trattamenti differenziati, ma a condizione che tali differenziazioni siano ragionevoli. Non lo sono, in questo caso, perché l'atto con forza di legge dispone solo per il settore siderurgico, solo in caso di partecipazione qualificata pubblica, solo per stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale, in sostanza solo per una società, anche se non nominativamente indicata.

In secondo luogo, viene deviato dallo scopo indicato dalla legge il potere di iniziativa in materia di amministrazione straordinaria, perché la norma conferisce al socio di minoranza il potere di espropriare del potere di iniziativa nel procedimento il soggetto interessato (cioè l'organo gestorio, che ovunque nel nostro ordinamento concorsuale e societario è il soggetto deputato ad assumere tali decisioni).

In terzo luogo, viene violato il principio di libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) perché viene consentito lo spossessamento della società e l'affidamento ad un commissario straordinario non ad istanza dell'interessato, per il tramite del suo organo gestorio, ma ad istanza di una società con totale partecipazione statale, azionista indiretto e per di più di minoranza, mentre anche ad azionisti privati di maggioranza della società tale potere è invece precluso.

Si aggiunga che, nel caso per il quale la norma è stata manifestamente dettata, l'azionista privato di maggioranza ai danni del quale la norma opererebbe, è una società costituita ed operante in uno Stato membro dell'Unione europea, il cui



investimento in quanto tale gode della protezione dell'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE in tema di libertà di stabilimento.

DIRITTO DELLA CRISI