



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA**

Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale

XXIII Ciclo

# **Il controllo contrattuale**

Dottoranda  
Dott.ssa Mariangela Renzulli

Tutor  
Chiar.mo Prof. Roberto Pennisi

Coordinatore del Dottorato  
Chiar.mo Prof. Pierpaolo Sanfilippo

---

Anno accademico 2009/2010

# INDICE

## Capitolo I

### **Il controllo contrattuale: evoluzione normativa e caratteri generali della fattispecie**

1. Evoluzione normativa dell'art. 2359 c.c. .... 1
2. Le forme di controllo nel codice civile ..... 7
3. La disciplina codicistica del controllo societario ..... 12
4. Il controllo contrattuale: caratteri generali della fattispecie ..... 15
5. I soggetti della relazione di controllo ..... 19

## Capitolo II

### **L'influenza dominante**

1. L'influenza dominante: caratteri generali ..... 26
2. Dall'influenza "organica" a quella "oggettiva" ..... 30
3. Poteri gestori della controllante e "decisioni rilevanti": cenni ..... 37
4. Stabilità della posizione ..... 44
5. Influenza effettiva o potenziale? ..... 46
6. Le interferenze tra controllo esterno ed interno: il cd. controllo plurimo disgiunto ..... 55
7. Influenza dominante e attività di direzione e coordinamento ..... 58
  - 7.1 Coordinamento ed interesse di gruppo ..... 66
  - 7.2 Controllo contrattuale e attività di direzione e coordinamento ..... 73

## **Capitolo III**

### **I particolari vincoli contrattuali**

1. L'ambito oggettivo della fattispecie ..... 79
2. La tesi tradizionale: critica ..... 89
3. Elementi caratteristici del vincolo: la soggezione economica ..... 93
4. I poteri di ingerenza ..... 100
5. Il controllo in virtù del contratto di *franchising* ..... 107
6. Il controllo in virtù di contratti di finanziamento ..... 113
7. Il possibile contenuto dei covenants ..... 123
8. Considerazioni conclusive ..... 129

**Bibliografia** ..... 137

**Giurisprudenza** ..... 149

# CAPITOLO I

## Il controllo contrattuale:

### evoluzione normativa e caratteri generali della fattispecie

#### 1. Evoluzione normativa dell'art. 2359 c.c.

Seppur utilizzato nella prassi e ben noto alla giurisprudenza più risalente<sup>1</sup>, il fenomeno del controllo ha trovato a fatica collocazione nel codice civile.

La fattispecie del “controllo” risulta, invero, sconosciuta al codice di commercio del 1882, la cui disciplina mirava all’obiettivo di evitare il sorgere di posizioni di potere di una società su un’altra. Ed, infatti, a fronte della rilevanza economica che l’organizzazione industriale iniziava ad assumere nel nostro Paese, della sempre più spiccata tendenza all’integrazione tra imprese manifestasi nella prassi, nonché della scoperta delle potenzialità derivanti dal possesso di partecipazioni quale strumento idoneo all’acquisizione del controllo su una società<sup>2</sup>, il codice di commercio del 1882 interveniva

---

<sup>1</sup> La figura del collegamento tra società, insieme a quella del gruppo, ha tradizionalmente assunto rilievo esclusivamente economico. Entrambi i concetti venivano, infatti, utilizzati quali forme meramente descrittive di fenomeni privi di una dimensione giuridica, non implicando la creazione di nuovi enti o di centri di interessi autonomi rispetto alle società coinvolte, che conservavano la loro autonomia. In tal senso, Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, in Soc., 1992, p. 794; Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in Giur. comm., 1991, p. 336; Cass. 13 giugno 1986, in Mass. 1986; App. Milano, 9 settembre 1988, in Soc., 1989, p. 145; App. Roma, 23 giugno 1988, in Foro It., 1989, II, p. 420; Tribunale di Napoli, 19 marzo 1985, in Giur. It., 1987, I, 2, p. 76. Secondo JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996, pp. 1429 - 1430, la spiegazione di tale tendenza giurisprudenziale ad individuare nell’ordinamento italiano una «visione atomistica della funzione societaria, riflessa nell’autonomia soggettiva delle singole società del gruppo» va ricercata nella peculiare concezione dell’interesse sociale «che si pretende sia riferito ad un soggetto di diritto ben determinabile».

<sup>2</sup> Della rilevanza economica del fenomeno rende conto VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in Riv. Dir. Comm., 1934, I, pp. 309 ss., secondo il quale «il grande sviluppo dell’industria e del credito ha dato luogo, anche in Italia, alla formazione di società miste di esercizio e di comando, che mentre esercitano l’industria e il credito per proprio conto, costituiscono e si aggregano ad altre società che compiono funzioni complementari comprese nello stesso programma». Sul punto, ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1991, pp. 103 ss.; GALGANO,

prevedendo un meccanismo di voto, cd. scalare, caratterizzantesi per la riduzione del numero di voti disponibili all'aumentare del numero di partecipazioni detenute da ciascun azionista<sup>3</sup>, meccanismo inequivocabilmente volto a limitare gli effetti di un fenomeno probabilmente ritenuto degenerativo<sup>4</sup>.

A seguito del dibattito sul tema, intensificatosi per effetto della legislazione speciale intervenuta a partire dagli anni trenta<sup>5</sup>, il legislatore, nel codice civile del 1942, ha sentito l'esigenza di definire e disciplinare il fenomeno del controllo nelle sue più comuni manifestazioni<sup>6</sup>, legittimandolo e riconoscendolo quale situazione fisiologica nell'ambito dei rapporti tra imprese<sup>7</sup>. Non rimaneva, tuttavia, estranea a tale nuova impostazione la

---

*I gruppi di società*, in *Le Società*, diretto da Galgano, Padova, 2002, pp. 2 ss.; TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, pp. 1 ss..

<sup>3</sup> In particolare, ciascun azionista disponeva di un voto ogni cinque azioni che si riduceva ad un voto ogni venticinque, nel caso di possesso di un numero di azioni superiore a cento.

<sup>4</sup> GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1976, p. 83.

<sup>5</sup> L'art. 6 del R.D.L. 30 ottobre 1930 n. 1459, convertito in legge 4 giugno 1931 n. 660, nel prevedere il divieto di prestiti delle società ai propri amministratori e direttori generali, estendeva la sanzione ivi prevista per la violazione anche alle società controllate e controllanti senza, tuttavia, fornire alcuna definizione di tali rapporti. La lacuna appariva, tuttavia, colmabile, secondo PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, p. 14, mediante il rinvio alla definizione «metagiuridica» di controllo, formatasi nella coscienza comune. Tale isolata, ma incisiva disposizione ha spinto la dottrina dell'epoca ad approfondire lo studio del fenomeno che diviene uno dei punti fondamentali dell'ampia discussione sulla riforma della disciplina delle società anonime che ha preceduto la codificazione del 1942, come rileva FRE' - SBISA', *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1961, p. 241, ove ampi riferimenti.

<sup>6</sup> PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, in *Trattato delle Società per Azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1991, p. 581.

<sup>7</sup> La nuova posizione assunta dal legislatore del '42 sul punto è chiaramente espressa nella Relazione del Guardasigilli: «Il raggruppamento di varie società attorno ad una che le controlla è un fenomeno che risponde tipicamente agli insegnamenti della moderna economia organizzata. Si tratta infatti quasi sempre della manifestazione del crescente sviluppo di un nucleo produttivo iniziale che si integra dando vita ad altre attività sussidiarie e collaterali, alle quali, per ragioni di razionale organizzazione, meglio conviene una gestione autonoma. I rapporti tra le società del gruppo che in tal modo si forma rappresentano dunque, in definitiva, un vantaggio per la produzione, mentre pongono al riparo le nuove società, che sorgono attorno alla madre, da eventuali difficoltà finanziarie, pur lasciando alle medesime la necessaria autonomia con la conseguente responsabilità degli uomini - normalmente tecnici specializzati - che ne sono a capo».

fondamentale preoccupazione di evitare i rischi connessi all'esistenza di relazioni di controllo<sup>8</sup>.

L'art. 2359 c.c., infatti, nella sua originaria formulazione<sup>9</sup>, dettava una definizione di società controllante e società controllata solo al secondo comma ed esclusivamente al fine di delimitare l'ambito di applicazione del divieto per la controllata di investire, anche parzialmente, il proprio capitale in azioni della controllante, sancito dal primo comma.

La stessa formulazione della norma rivelava, dunque, che l'esigenza posta alla base della sua introduzione andava individuata nella necessità di evitare un duplice ordine di effetti pregiudizievoli del controllo, connessi all'incrocio azionario<sup>10</sup>. Da un lato, infatti, occorre impedire che la consistenza patrimoniale delle società coinvolte in tale relazione venisse falsata dal reciproco possesso di partecipazioni, idoneo a dar luogo ad un fenomeno di «nullificazione dei rispettivi capitali sociali»<sup>11</sup>; dall'altro, la disciplina tendeva a scongiurare il rischio di «distorsioni funzionali» e di alterazioni del rapporto di forza all'interno della società controllata a beneficio del gruppo di comando della controllante<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> PASTERIS, *op. cit.*, p. 13, evidenzia, in proposito, che l'importanza e la diffusione assunta dal controllo non poteva essere più ignorata dal legislatore, il quale ha ritenuto opportuno far proprio il relativo concetto, così come formatosi in ambito eminentemente economico, attribuendogli rilevanza «meramente sotto il profilo pubblicistico della repressione di atti ritenuti illeciti se compiuti nell'ambito delle società controllate».

Ancora, sul punto, particolarmente significativa la Relazione, ove si legge: «Per quanto attiene ai gruppi di società, espressione di un fenomeno non riconducibile sul piano giuridico ad unità, il codice si è essenzialmente preoccupato di arginare quelle combinazioni che possono sorprendere la buona fede dei soci che rimangono estranei e soprattutto dei creditori, e rappresentare di conseguenza un pericolo per l'economia nazionale».

<sup>9</sup> La norma, rubricata «Acquisto di azioni da parte di società controllate», sanciva che: «Le società non possono investire, nemmeno parzialmente, il proprio capitale in azioni della società che esercita il controllo su di esse o su altre società controllate dalla medesima. – Sono considerate società controllate quelle in cui un'altra società possiede un numero di azioni tale da assicurarle la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, o quelle che, in virtù di particolari vincoli contrattuali, sono sotto l'influenza dominante di un'altra società».

<sup>10</sup> PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., p. 581.

<sup>11</sup> GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in Tratt. di dir. comm e dir. pubbl. econ., diretto da Galgano, Padova, 2006, p. 278.

<sup>12</sup> PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., p. 586; LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 18.

Sebbene nel rispetto dei limiti imposti da tale norma, la disciplina del controllo societario manifestava, tuttavia, la accettazione e la previsione, da parte dell'ordinamento, della possibilità che una società si caratterizzasse per la presenza, quale elemento costitutivo e non più degenerativo<sup>13</sup>, di una dissociazione tra proprietà e controllo<sup>14</sup>.

La sintetica formulazione della norma e le ambiguità che ne caratterizzavano l'interpretazione portarono ad una sua prima modifica, avvenuta con il d.l. 8 aprile 1974 n. 95, convertito in legge 7 giugno 1974 n. 216, il quale, nel riformulare l'art. 2359 c.c., ne limitava il contenuto alla definizione del controllo<sup>15</sup> e distingueva in maniera netta le forme di

---

SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, pp. 52 e ss., sottolinea come all'originaria presenza del divieto assoluto di acquisto di azioni della controllante da parte della controllata, sia seguita, nel 1974, la disciplina di tali operazioni, affiancata dal divieto per la controllata di votare nelle assemblee della controllante, introduzione che ha avviato un «processo di ridefinizione delle regole del diritto societario» segnato dall'accentuazione della tutela delle ragioni «funzionali» su quelle «patrimoniali». Con le innovazioni apportate dal d.lgs. 315/1994 nel senso della equiparazione della disciplina dell'acquisto di azioni della controllante a quella dell'acquisto di azioni proprie, il legislatore pare aver ristabilito l'equilibrio tra i due profili - patrimoniale e funzionale - rendendoli «teleologicamente e reciprocamente l'uno il presupposto dell'altro», con la conseguenza che, nella disciplina civilistica del controllo non vi è una finalità che prevale sull'altra, né è pensabile che «da tutela degli organi sia disgiunta da quella del capitale e la tutela del capitale non sia finalizzata anche ad un sano funzionamento dell'assemblea».

<sup>13</sup> CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in AA.VV., *I gruppi di società*. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996, p. 786, rileva come, nel passaggio dalla rilevanza meramente economica del gruppo a quella giuridica abbia assunto un ruolo determinante la consapevolezza che il problema della relativa disciplina non è solo quello di prevenire e sanzionare possibili abusi in danno della controllante, ma anche e soprattutto quello di definire in positivo la rilevanza giuridica della direzione unitaria della capogruppo e di fissare i limiti entro cui la stessa è da considerare legittima e meritevole di tutela, con la conseguente individuazione dei poteri e degli obblighi facenti capo a controllante e controllata.

<sup>14</sup> Tale dissociazione è intesa da ASCARELLI, *In tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 137, nt. 3, come non coincidenza «tra proprietà e controllo della ricchezza e, più precisamente, tra rischio e potere». Secondo GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1994, p. 55, la separazione tra proprietà e controllo determinerebbe il sorgere di due diverse classi sociali, nel senso che «chi detiene la ricchezza non la amministra» e viceversa.

Il diffondersi del fenomeno dei gruppi, tuttavia, secondo ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1134, ha condotto verso «un accadimento di segno esattamente contrario»: la «riconquista del potere da parte degli azionisti» e una «sorta di ricongiungimento della proprietà del capitale con il controllo dell'impresa».

<sup>15</sup> Ai sensi del novellato art. 2359 c.c. erano considerate società controllate: «a) le società in cui un'altra società, in virtù delle azioni e delle quote possedute dispone della maggioranza

controllo cc.dd. di fatto da quella cd. di diritto, individuando, altresì, le nuove fattispecie del controllo indiretto e del collegamento societario<sup>16</sup>.

Per effetto della novella legislativa, dunque, la definizione di controllo, oltre che ampliata, conseguiva una posizione autonoma, perdendo la propria natura “ancillare” rispetto alla disciplina dell’acquisto di azioni della controllante da parte della controllata<sup>17</sup>.

La maggiore attenzione alla definizione della fattispecie si accompagnava, inoltre, alla disciplina di un’ulteriore effetto legato alla relazione di controllo: l’esigenza di garantire la trasparenza dei rapporti con società controllanti, controllate e collegate<sup>18</sup>.

Divenuto parametro di riferimento e norma oggetto di rinvio da parte della copiosa legislazione speciale ad esso sopravvenuta, il nuovo art. 2359 c.c. viene, per l’ultima volta, direttamente modificato, assumendo l’attuale formulazione, dall’art. 1 del d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127, dettato in attuazione

---

richiesta per le deliberazioni dell’assemblea ordinaria; b) le società che sono sotto l’influenza dominante di un’altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari vincoli contrattuali; c) le società controllate da un’altra società mediante le azioni o quote possedute da società controllate da questa».

<sup>16</sup> La nozione di collegamento introdotta dalla novella si fondava su un «rapporto di partecipazione sociale quantitativamente qualificato», secondo D’ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche)*, in Amatucci, Candi, d’Alessandro, Fanelli, *La disciplina dei gruppi di società nella novella del 1974*, Milano, 1978, p. 106. La sussistenza del rapporto di collegamento veniva, infatti, ricondotta al possesso, da parte di una società, di partecipazioni, in un’altra società, in misura superiore al decimo del suo capitale, ovvero, nel caso di società quotata in borsa, superiore al ventesimo.

<sup>17</sup> Il precedente primo comma della norma, dedicato all’acquisto di azioni della controllante da parte di società controllate, viene, infatti, abrogato e la disciplina ivi contenuta ricollocata nel nuovo art. 2359 *bis* c.c.. Tale norma disciplina in maniera più completa i rapporti tra società controllante e società controllate, precisando, con maggiori dettagli, i limiti entro cui la controllata può acquistare o sottoscrivere azioni o quote della società controllante, gli obblighi imposti alla controllata quando tali limiti siano superati, la disciplina dei diritti inerenti alle azioni della controllante appartenenti alla controllata.

<sup>18</sup> La riforma del 1974, allo scopo di una migliore informazione degli azionisti, impone, infatti, ad amministratori, sindaci e direttori generali, obblighi di comunicazione alla Consob delle partecipazioni direttamente o indirettamente possedute in altre società o in società controllate nonché, alle società controllanti, l’obbligo di allegare al proprio bilancio «le copie integrali dell’ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell’ultimo bilancio delle società collegate». Sul punto, AMATUCCI, *La nuova disciplina delle partecipazioni sociali*, in *La disciplina dei gruppi di società nella novella del 1974*, a cura di Amatucci, Candi, d’Alessandro, Fanelli, Milano, 1978, p. 5; NOBILI – VITALE, *La riforma delle società per azioni*, Milano, 1975, p. 143; JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.* 1994, I, p. 478.



delle direttive comunitarie nn. 78/660 e 83/349, relative ai conti annuali e consolidati.

Ancora una volta le nozioni di controllo e collegamento vengono ridefinite allo scopo di creare un assetto dispositivo coerente con i rinvii contenuti nello stesso d.lgs. 127/91<sup>19</sup>, ai fini della identificazione delle società appartenenti alla cd. area di consolidamento.

Il decreto legislativo finisce, tuttavia, con il dettare una norma di carattere generale sul controllo, solo parzialmente coincidente con la definizione della fattispecie rilevante ai fini del consolidamento, di cui all'art. 26 dello stesso decreto<sup>20</sup>.

La novella riproduce sostanzialmente l'ipotesi di cui al n. 1 della precedente formulazione mentre distingue, specificandone la definizione, la forma del controllo interno di fatto dalla differente figura del controllo esterno che, invece, indipendentemente dalla mutata collocazione formale, rimane quasi inalterata<sup>21</sup>.

Il secondo comma della norma chiarisce che la fattispecie del controllo interno, di diritto o di fatto, può realizzarsi tanto in via immediata quanto in via indiretta, ossia mediante le partecipazioni detenute da società controllate, fiduciarie o persone interposte, in un'altra società.

Alla nozione di società controllata viene, ancora una volta, affiancata quella di società collegata, fondata sul nuovo presupposto dell'influenza

---

<sup>19</sup> MANZONE, *La nozione di controllo nel nuovo testo dell'art 2359 c.c.*, in *Impresa*, 1991, p. 2461; LAMANDINI, *Qualche spunto esegetico sulla nozione di "controllo" ai fini del consolidamento integrale*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1454.

<sup>20</sup> SBISA', *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, in *Riv. Soc.*, 1992, p. 906; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur, comm.*, 2004, p. 986.

<sup>21</sup> Non può, tuttavia, ritenersi priva di rilievo, ai fini di una corretta ricostruzione della fattispecie, la aggiunta delle parole «con essa», che, per quanto marginale da un punto di vista testuale, assume particolare rilevanza nella individuazione dei soggetti tra cui il vincolo deve intercorrere. In tal senso, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, p. 53.

notevole, ai fini della cui configurazione vengono individuati dei diversi parametri<sup>22</sup>.

Nessuna modifica alla norma in commento è stata, invece, apportata dalla riforma del diritto societario, attuata con il d.lgs. del 17 gennaio 2003 n. 6, il quale ne ha lasciato del tutto inalterata la formulazione, pur introducendo la articolata disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, rispetto alla quale la fattispecie del controllo assume carattere di indice presuntivo, in virtù della previsione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c..

## 2. Le forme di controllo nel codice civile

L'art. 2359 c.c. è l'unica norma di carattere generale che trova applicazione ogni qual volta venga in considerazione la nozione di controllo o collegamento tra società, indipendentemente dalla natura dell'attività esercitata e dalle questioni riguardanti la redazione del bilancio<sup>23</sup>. Essa costituisce, inoltre, la componente essenziale ed il parametro di riferimento imprescindibile delle definizioni di controllo dettate dalle discipline settoriali<sup>24</sup>.

Nonostante i ripetuti interventi di modifica, non è mai venuta meno «la simultanea presenza dei due presupposti alternativi ed eterogenei nella definizione»<sup>25</sup>: il controllo societario può, infatti, assumere due differenti forme, convenzionalmente definite controllo interno ed esterno.

---

<sup>22</sup> La norma presume che una società eserciti su un'altra un'influenza notevole quando può esprimere, nella sua assemblea ordinaria, almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati. La Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo sottolinea l'obiettivo di modificare radicalmente la nozione di collegamento, attraverso l'introduzione della suddetta percentuale, la quale dà luogo ad una presunzione semplice di esistenza dell'influenza.

<sup>23</sup> SBISA', *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, cit., p. 908.

<sup>24</sup> FRE' – SBISA', *Società per azioni*, in Commentario Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1997, p. 459.

<sup>25</sup> SCHIUMA, *op. cit.*, pp. 34 ss., la quale distingue tali presupposti in «vincoli da partecipazione» e «vincoli contrattuali». L'A. ritiene, in proposito, che la dimensione storica sia particolarmente utile per la comprensione della disciplina del controllo in quanto, nonostante le ripetute «stesure e ristese» del testo legislativo costante è rimasta la presenza di due presupposti eterogenei a fronte di una unica disciplina da applicare, con la conseguenza che,

Il controllo interno si fonda sulla disponibilità, diretta o indiretta, da parte della società controllante, di voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società controllata e si configura quale controllo di diritto - di cui all'art. 2359 co. 1, n. 1, c.c. - là dove la controllante disponga della maggioranza di tali voti, quale controllo di fatto - ai sensi dell'art. 2359, co. 1, n. 2, c.c. - là dove questa disponga di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nella stessa assemblea.

Sono considerati disponibili, ai sensi dell'art. 2359, co. 1, nn. 1 e 2, c.c. anche i voti detenuti dalla società controllante per il tramite di società controllate, società fiduciarie o spettanti a persona interposta, mentre non vengono computati i voti spettanti per conto di terzi. I voti di cui dispone, direttamente o indirettamente, la società controllante sono, dunque, equiparati e si cumulano ai fini della individuazione della posizione di controllo interno.

Ne consegue che la figura del controllo indiretto non assume i caratteri di una fattispecie autonoma, ma si configura come componente strutturale del paradigma normativo del controllo interno<sup>26</sup>, con la conseguenza che a

---

tale soluzione, non può imputarsi ad un mero difetto di coordinamento, ma deve considerarsi espressione di una precisa scelta legislativa della quale occorre, tuttavia, individuare la *ratio*. Esaminando il solo dato letterale parrebbe che i due presupposti condividano «la attitudine a mettere in pericolo gli stessi beni, pericolo che evidentemente la disciplina vuole reprimere o prevenire», tuttavia, una esegesi più attenta ed ampia conduce a rilevare come i beni tutelati sono in realtà «due e diversi tra loro», incidendo differentemente le forme di controllo sull'integrità del capitale sociale e sul funzionamento degli organi. L'A. giunge, dunque, alla conclusione per cui le due fattispecie sono volte a tipizzare «meri indici formali» di controllo, idonei a consentire il governo di una società, realizzabile, tuttavia, con logiche differenti nelle due fattispecie, in dipendenza della diversità dei presupposti. Mentre nel controllo interno rileverà, infatti, la grandezza della partecipazione alla quale si presume corrisponda il governo della società, nel controllo esterno il vincolo contrattuale è caratterizzato da una forza presuntiva molto più attenuata, che necessita di una concreta valutazione della rilevanza del vincolo, quale generatore di dipendenza economica, perché alla sua esistenza possa conseguire l'applicazione della relativa disciplina. In entrambi i casi, per l'A. «l'art. 2359 c.c. contiene un'idea di controllo che si rivela essere il sintomo di qualcos'altro e, quindi, una nozione prognostica».

<sup>26</sup> Il controllo interno indiretto può realizzarsi secondo tre differenti modalità: attraverso la partecipazione di maggioranza che la controllata detenga in un'altra società, cumulando le partecipazioni direttamente detenute dalla controllante alle partecipazioni detenute dalla controllata in una società a valle o, infine, cumulando le partecipazioni in una terza società di

ciascuna delle società appartenenti alla catena sarà esteso il divieto di acquisto di azioni di tutte le società collocate in anelli superiori della stessa, ove legate da un rapporto di controllo e non di mera partecipazione<sup>27</sup>.

La differente ipotesi del controllo esterno – art. 2359, co. 1, n. 3, c.c. – trova, invece, la propria fonte nella sussistenza di «particolari vincoli contrattuali» tra la società controllante e la società controllata, rimanendo del tutto indipendente dall'eventuale possesso di partecipazioni o dalla materiale disponibilità del diritto di voto nell'assemblea della controllata da parte della controllante<sup>28</sup>.

In virtù della previsione di cui al secondo comma della norma, il controllo contrattuale sembrerebbe operare esclusivamente in forma diretta, legando tra di esse le sole società tra cui intercorre il vincolo, non potendosi, invece, propagare indirettamente all'eventuale terza società, a sua volta esternamente controllata dalla società intermedia.

E', infatti, opinione diffusa che una catena di controllo, astrattamente illimitata, possa essere formata esclusivamente da società legate da rapporti di controllo interno, di diritto o di fatto, e che la propagazione del controllo

---

cui siano titolari più controllate da una medesima controllante. Nelle ultime due ipotesi, poiché nessuna delle società intermedie detiene una partecipazione sufficiente ad attribuire il controllo in via esclusiva sulla terza società, alcun dubbio pone l'affermazione secondo la quale il controllo debba essere imputato esclusivamente alla prima controllante quale effetto del principio di transitività. La sua propagazione procederà, in tali ipotesi, saltando uno o più anelli della catena, «gettando un ponte al di sopra del vuoto costituito da due “livelli contigui” tra i quali non sussiste controllo alcuno». L'operatività del principio di transitività, inoltre, non impedirà, nel primo come nel terzo caso, che la società controllante estenda il proprio controllo sulla società direttamente controllata anche alla terza società, nonostante l'assenza di diretti rapporti di partecipazione o contrattuali tra «società – madre e società ... nipoti», D'ALESSANDRO, cit., pp. 111 - 112, nt. 18. Sul punto, sintetizza SBISA', *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, cit., p. 911, «l'impresa strutturalmente nonna è giuridicamente mamma». Di più difficile inquadramento, nel primo caso, è, invece, la posizione della controllata, titolare di una partecipazione idonea ad attribuirle un autonomo ruolo di controllo sulla terza società. Sul punto, vd. Cap. II, par. 6.

<sup>27</sup> PASTERIS, *op. cit.*, pp. 240 ss. Si realizza in tal modo la finalità di rendere «gli incroci tra società patrimonialmente e funzionalmente inoffensivi in ogni anello della catena», secondo SCHIUMA, *op. cit.*, p. 151, nt. 25.

<sup>28</sup> CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2006, p. 290.

si interrompa, là dove una società ne controlli un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali<sup>29</sup>.

Tale conclusione trae fondamento dalla lettera della norma, che si limita ad imputare alla controllante i voti detenuti dalla controllata, senza ribadire la medesima previsione con riferimento agli eventuali vincoli contrattuali che legano la controllata ad altra società.

L'interpretazione letterale del dettato normativo, che ha, dunque, orientato la prevalente dottrina nel senso della esclusione del controllo indiretto dalle possibili varianti strutturali del controllo esterno, appare, tuttavia, ingiustificatamente restrittiva dell'ambito di applicazione di tale figura, in quanto intende attribuire al secondo comma della norma un significato ulteriore ad essa estraneo, limitando l'applicazione del cd. «principio di transitività»<sup>30</sup>.

Risulta, al contrario, più convincente l'opinione secondo la quale la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2359 c.c. si limita a dettare un criterio per l'individuazione del controllo partecipativo diretto, di cui ai nn. 1 e 2 del primo comma, ampliando la portata dell'espressione «disporre dei

---

<sup>29</sup> FRE' – SBISA', cit., pp. 482 ss.; MANZONE, cit., p. 2461; NOBILI – VITALE, *op. cit.*, p. 154; SBISA', *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, cit., p. 912, secondo il quale la controllante esterna può collocarsi esclusivamente nell'anello superiore della catena, della quale costituisce l'origine, estendendo il proprio controllo solo in linea discendente sulle terze società internamente controllate dalla società intermedia, rispetto alla quale non può, invece, propagarsi il controllo esercitato dagli anelli superiori della catena; *contra* FIGA' – TALAMANCA, *Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società*, Riv. dir. Civ., 1993, II, p. 337; CANDI, *Le partecipazioni reciproche dopo la riforma*, in *La disciplina dei gruppi di società nella novella del 1974*, a cura di Amatucci, Candi, d'Alessandro, Fanelli, Milano, 1978, p. 72, secondo il quale l'illogicità della previsione è dimostrata dal rilievo del controllo indiretto, con conseguente applicabilità degli artt. 2359 *bis* e ss., a parità di effetti potenzialmente pregiudizievoli, solo nell'ipotesi in cui il rapporto di controllo esterno leghi i primi due anelli della catena e non, invece, là dove la stessa relazione unisca gli ultimi due. L'assunto è condiviso da D'ALESSANDRO, cit., p. 112, il quale ammette la difficoltà di individuare una giustificazione razionale del principio sancito nella novella del 1974 e ribadito dal d.lgs. del 1991. Secondo l'A., «se si parte dalla premessa secondo la quale l'influenza meramente esterna introduce una soluzione di continuità nella catena del controllo, non ha poi gran senso distinguere a seconda che il legame occupi una posizione più o meno alta nella catena».

<sup>30</sup> BASSI, *Gruppi di imprese*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2007, p. 603; D'ALESSANDRO, cit., pp. 111 ss.. FIGA' – TALAMANCA, cit., *passim*.

voti», fino a farvi rientrare fenomeni di interposizione in presenza dei quali i voti dell'interposto si computano in capo all'interponente<sup>31</sup>.

Così interpretato il disposto normativo, alcun senso avrebbe avuto la sua estensione ad una fattispecie – quale quella prevista dall'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c. - che dalla titolarità della partecipazione sociale prescinde del tutto.

Ma rilievo determinante ai fini dell'opzione in favore di tale orientamento va attribuito ad un'ulteriore considerazione: le tre forme di controllo, come verrà meglio chiarito in seguito<sup>32</sup>, pur caratterizzandosi per la differente fonte da cui traggono origine, devono essere idonee a generare sulla controllata una influenza di intensità analoga. Ove si condivida tale assunto non può che risultare evidente l'irragionevolezza della suddetta tesi restrittiva, là dove intende applicare discipline differenti a fattispecie analoghe<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> In tal senso, D'ALESSANDRO, cit., p. 112; SCHIUMA, *op. cit.*, pp. 34 ss., che la definisce quale norma volta a quantificare i voti di cui si può disporre, non a stabilire chi ne può disporre; MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, in Contr. Impr., 1995, p. 31, il quale afferma che l'esclusione del controllo esterno dal controllo indiretto sembra superata dalla formulazione introdotta con il d.lgs. 127/91 in cui è omessa la definizione di controllo indiretto, con la conseguenza che quest'ultima forma può ritenersi implicitamente consentita anche per le fattispecie esterne. Secondo FIGA' – TALAMANCA, cit., pp. 334 ss., una volta individuato nella società posta al vertice della catena il soggetto cui imputare i voti spettanti alle controllate e, conseguentemente, il controllo, l'A. ritiene, tuttavia, non integralmente risolto il problema interpretativo, dovendosi individuare la *ratio* della disciplina del controllo non tanto nell'individuazione del vertice decisionale, quanto dei «soggetti rispetto ai quali la partecipazione può provocare l'inquinamento degli organi sociali ed, eventualmente, l'annacquamento del capitale». Gli effetti distorsivi, prevalentemente di ordine organizzativo, sussistono, infatti, in relazione alla partecipazione di una società controllata in ciascuna delle società poste su gradini superiori nella scala del controllo. Superato il problema dell'imputazione dei voti, la norma, dunque, non consentirebbe di risolvere l'ulteriore nodo relativo alla propagazione del controllo lungo la catena di società, la cui soluzione «va cercata altrove».

<sup>32</sup> *Infra*, par. 4.

<sup>33</sup> L'affermazione della irrilevanza del controllo esterno indiretto, secondo LAMANDINI, *Qualche spunto esegetico sulla nozione di "controllo" ai fini del consolidamento integrale*, cit., p. 1470, preclude il perseguimento della finalità principale per cui tale modalità strutturale di dominio è disciplinata: «chiudere varchi all'elusione della normativa che assume a proprio presupposto il controllo», in tutte le ipotesi in cui esso si configura. CANDI, cit., p. 72, evidenzia, in proposito, la «illogicità della previsione» rilevando come, anche nella fattispecie del controllo esterno, in caso di acquisto di azioni della controllante da parte della terza società si verificano gli stessi effetti distorsivi di carattere amministrativo che il legislatore intende prevenire nelle altre ipotesi di controllo indiretto. Tale rilievo aveva condotto, nel progetto Lombardi del 1972, a prevedere il controllo indiretto come formula generica, tale da ricomprendervi sia le

Ne consegue che configura un salto logico il passaggio dalla non inclusione del n. 3 tra le fattispecie previste dal secondo comma della norma in commento, alla necessaria natura interna del controllo esercitato dalla società intermedia sulla società a valle ai fini della transitività del controllo della controllante esterna, onde pare più corretto ritenere che tale prescrizione non interferisca in alcun modo sulla “propagazione” del controllo esterno tra gli anelli della catena, che avviene indipendentemente dalla posizione occupata dalle imprese legate dal vincolo contrattuale, coinvolgendo tutte le società ad essa appartenenti, rispetto a ciascuna delle quali il rischio di inquinamento della dialettica tra gli organi ed, eventualmente, di annacquamento del capitale si ripresenta negli stessi termini.

### **3. La disciplina codicistica del controllo societario**

Coerentemente con la tradizionale impostazione dell’istituto, l’esistenza di una relazione di controllo, ai sensi dell’art. 2359 c.c. nella sua attuale formulazione, assume rilievo in funzione della disciplina societaria, nonché della identificazione delle aggregazioni che danno luogo al fenomeno del gruppo di imprese<sup>34</sup>.

L’impianto normativo del codice civile regola, infatti, il rapporto di controllo al fine di garantire tre fondamentali esigenze di tutela: l’integrità del capitale sociale, la ripartizione di competenze tra gli organi e l’informazione contabile delle società tra cui intercorre il suddetto legame<sup>35</sup>.

---

forme di dominio interno che di dominio contrattuale. Afferma, infine, FIGA’ – TALAMANCA, cit., p. 338, a sostegno della transitività del controllo esterno, che «l’influenza dominante su chi esercita influenza dominante è di per sé sufficiente ad integrare la fattispecie, a seconda del caso ai sensi del n. 1, 2 e 3 del comma primo dell’art. 2359, per ciascuna delle società della catena».

<sup>34</sup> FRE’ – SBISA’, cit., p. 457.

<sup>35</sup> Sul punto, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 163 ss.; SBISA’, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. Imp.* 1997, I, p. 325; CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 787; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 478; PAVONE LA ROSA, *Disciplina del “controllo*

Tuttavia, in seguito alla riforma del diritto societario, attuata con il d.lgs. n. 6/03, la relazione di controllo ha perso la sua connotazione meramente limitativa del fenomeno della partecipazione di una società in altre per divenire la base della disciplina del gruppo di imprese<sup>36</sup>, del quale agevola l'identificazione, per effetto della presunzione, introdotta dall'art. 2497 *sexies* c.c., secondo la quale, salvo prova contraria, esercita attività di direzione e coordinamento la società che comunque controlla un'altra società ai sensi dell'art. 2359 c.c.<sup>37</sup>.

L'esigenza di garantire l'integrità del capitale sociale ed, al tempo stesso, di evitare gli effetti distorsivi di ordine funzionale e l'alterazione della dialettica interna tra gli organi della società, conseguenti agli incroci di partecipazioni azionarie, è assicurata dagli artt. 2359 *bis* e 2359 *quinquies* c.c., nonché dall'art. 2357, co. 3, c.c.. Tali norme, vietando la sottoscrizione ed imponendo limiti all'acquisto di azioni o quote della società controllante da parte della società controllata, mostrano l'intenzione del legislatore di considerare le operazioni della controllata sulle azioni della controllante come operazioni di quest'ultima sulle proprie azioni, quale conseguenza dell'influenza dominante che la seconda è in grado di esercitare sulla prima<sup>38</sup>.

---

“e dei “gruppi”, in Trattato delle Società per Azioni diretto da Colombo e Portale, II, Torino, 1991, *passim*.

<sup>36</sup> Sebbene la prevalente dottrina abbia tradizionalmente riconosciuto che controllo societario e gruppo sono fenomeni concettualmente distinti e non necessariamente coincidenti, potendo sussistere situazioni di controllo che non danno luogo a rapporti di gruppo, in mancanza di un'unitaria direzione economica della capogruppo e, viceversa, gruppi che prescindono dalla relazione di controllo, secondo CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 789, è incontestabile l'affermazione per cui la disciplina dettata per le società controllanti e controllate configuri, «sia pur in modo mediato e riflesso», anche una disciplina dei gruppi. Nello stesso senso, JAEGER, *I “gruppi” tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 923; PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di “controllo” e dei “gruppi” societari*, cit., pp. 599 ss.; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge anti-trust*, cit., p. 477, il quale definisce l'art. 2359 c.c. «il “simbolo” tangibile del gruppo, la norma sui gruppi per antonomasia».

<sup>37</sup> DAL SOGLIO, *Artt. 2497 sexies - 2497 septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 2431.

<sup>38</sup> Sul tema, FRE' – SBISA', cit., pp. 507 ss., i quali criticano la scelta del legislatore di attuare la Direttiva comunitaria 23 novembre 1992, n. 92/101/CEE mantenendo separata la disciplina generale dell'acquisto di azioni proprie da quella delle partecipazioni reciproche tra controllante e controllata, e non, invece, aggiungendo espressamente tale seconda ipotesi tra



Ne deriva che, analogamente a quanto accade nell'ipotesi di acquisto di azioni proprie, nei casi in cui l'acquisto di partecipazioni della controllante è consentito alla controllata, viene impedito che gli amministratori della prima, attraverso l'influenza esercitata sulla seconda, possano disporre dei voti alla stessa spettanti, condizionando, così, per il suo tramite, la formazione della volontà dell'assemblea della controllante<sup>39</sup>. Siffatto obiettivo risulta perseguito dagli artt. 2359 *bis* e 2372 c.c., che escludendo l'esercizio del diritto di voto e del potere di rappresentanza da parte della controllata nell'assemblea della controllante, mirano a tutelare in via esclusiva il corretto funzionamento del modello istituzionale ed a garantire il rispetto della ripartizione di ruoli e competenze tra gli organi.

L'interesse al regolare funzionamento degli organi è, inoltre, tutelato dalla previsione – di cui all'art. 2399 c.c. – di cause di ineleggibilità alla carica di sindaco della controllante per i soggetti legati alle controllate da un rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita<sup>40</sup>.

Per quanto attiene, infine, all'informazione contabile, l'esistenza di una relazione di controllo incide sul contenuto del bilancio di esercizio la cui articolata disciplina impone l'indicazione di una ampia gamma di informazioni relative ai rapporti tra controllante e controllate che ciascuna delle società tra cui intercorre la relazione deve fornire mediante il documento contabile ed i relativi allegati<sup>41</sup>.

---

quelle di acquisto indiretto previste dall'art. 2357 c.c.. La separazione, per gli AA., contrasterebbe con il precetto comunitario che considera la sottoscrizione, l'acquisizione e la detenzione di azioni della controllante da parte della controllata «come effettuata» dalla controllante, proprio in considerazione dell'influenza dominante che in virtù della relazione di controllo, la seconda è in grado di esercitare sulla prima.

<sup>39</sup> FRE' – SBISA', cit., pp. 523 ss.

<sup>40</sup> Sul punto, CANDI, cit., pp. 32 ss..

<sup>41</sup> In particolare, nello stato patrimoniale della controllante devono essere indicate le partecipazioni in imprese controllate o collegate, i crediti ed i debiti nei loro confronti nonché le garanzie prestate in loro favore. Nel conto economico devono, invece, essere indicati i proventi da partecipazioni in imprese controllate o collegate, quelli da crediti verso le stesse, gli interessi e gli altri oneri finanziari verso le imprese controllate o collegate. La nota integrativa deve, poi, contenere l'elenco delle partecipazioni possedute direttamente o per il tramite di società fiduciaria o persona interposta, in imprese controllate o collegate, mentre

A tali prescrizioni si affianca, poi, per le società controllanti, l'obbligo di redigere il bilancio consolidato ai sensi degli artt. 25 e ss. del d.lgs. 127/91.

#### **4. Il controllo contrattuale: caratteri generali della fattispecie**

La disciplina del controllo esterno è rimasta sostanzialmente invariata rispetto alla prima formulazione dell'art. 2359 c.c.<sup>42</sup>.

Invero, pur non subendo alcuna modifica sostanziale, la fattispecie in esame, originariamente affiancata alla figura del controllo interno di fatto<sup>43</sup>, ha assunto una posizione autonoma solo con la novella del 1991.

Il controllo contrattuale dà luogo ad una «forma di eterodeterminazione dell'attività d'impresa»<sup>44</sup>, in quanto alternativa al possesso della maggioranza<sup>45</sup>. Si tratta, infatti, di una ipotesi di controllo che non ha origine e non si realizza nell'assemblea, ma si sostanzia in un «condizionamento oggettivo ed esterno dell'attività sociale», sussistente indipendentemente dal gruppo di soci di cui gli amministratori sono espressione ed influente direttamente sull'attività economica svolta<sup>46</sup>.

---

nella relazione sulla gestione gli amministratori devono illustrare l'andamento della società nei vari settori in cui essa ha operato anche attraverso imprese controllate e i rapporti con imprese controllate e collegate.

<sup>42</sup> SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 475; LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 153.

<sup>43</sup> La distinzione, che la norma rendeva più evidente, differentemente dal sistema attuale che distingue il controllo interno da quello esterno, era quella tra controllo di diritto, di cui al n. 1 e controllo di fatto, definito al n. 2 del primo comma. Entrambe le fattispecie originariamente disciplinate dal n. 2 ponevano, infatti, per chi ne volesse accertare l'esistenza, una *quaestio facti*, condividendo il requisito dell'influenza dominante - quale situazione fattuale, appunto - suscettibile di manifestarsi sia mediante il possesso di azioni o quote, sia per effetto di vincoli contrattuali intercorrenti tra le due società. Sul punto, CANDI, cit., p. 67; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 2.

<sup>44</sup> RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 2.

<sup>45</sup> MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., p. 20.

<sup>46</sup> SCHIUMA, *op. cit.*, p. 109, la quale evidenzia come, anche là dove gli amministratori della società siano eletti sulla base di un accordo, vi è controllo esterno quando il dominio non nasce con tale nomina, in quanto quest'ultima è già espressione ed effetto di una posizione di particolare dipendenza economica nascente da un contratto commerciale. *Contra*, GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957, p. 81, il quale ricostruisce il controllo esterno come una forma di controllo "indiretto", comunque realizzato per il tramite dell'assemblea, ad esempio, nell'ipotesi in cui un terzo contraente si riserva «il diritto di avere una persona di fiducia nel consiglio di amministrazione della società in base ad un accordo con tutti o con la

Questo primo e principale elemento differenzia significativamente la fattispecie del controllo contrattuale da quella del controllo interno. Ed infatti, mentre la controllante interna, di diritto o di fatto, è in grado di determinare direttamente la volontà della controllata, esercitando i diritti che le derivano dallo *status* di socio, in conformità del proprio interesse, la controllante contrattuale può solo influenzare la volontà della controllata, incidendo, in tal modo, su un interesse esclusivamente altrui<sup>47</sup>.

Dalla differente modalità attraverso cui si attua il controllo esterno è, inoltre, possibile trarre un'ulteriore, significativa caratteristica: il più accentuato rilievo del profilo funzionale rispetto a quello patrimoniale<sup>48</sup>. Non configurandosi, infatti, la partecipazione patrimoniale della controllante quale elemento tipico della fattispecie, nella relazione di controllo esterno non è strutturalmente insito il rischio di annacquamento del capitale sociale, che caratterizza, invece, il controllo interno, con la conseguenza che tale rischio risulta concretizzato esclusivamente nell'ipotesi di acquisto reciproco di partecipazioni tra controllata e controllante, ipotesi nella quale troverebbe, tuttavia, applicazione la disciplina generale di cui all'art. 2360 c.c., indipendentemente dalla relazione di controllo.

Sulla base di tale considerazione, parte della dottrina giunge ad affermare la conseguente inapplicabilità, alla fattispecie, oltre che dell'art. 2359 *bis*, co. 1, c.c.<sup>49</sup>, anche della prescrizione di cui all'art. 2429, co. 3, c.c.

---

maggioranza dei soci». Si tratta, tuttavia, di una ricostruzione, oltre che limitativa dell'ambito applicativo del controllo esterno, tendente ad appiattare tale fattispecie su quella del dominio interno, realizzato solo indirettamente in virtù di un vincolo contrattuale. Tale vincolo, inoltre, non risulta rilevante ai fini del 2359 c.c., in quanto intercorrente tra un terzo ed i soci della società, soggetti rispetto ai quali non può realizzarsi alcuna forma di controllo.

<sup>47</sup> PASTERIS, *op. cit.*, pp. 63 ss., rileva come l'interesse della controllante esterna sia puramente indiretto in quanto l'esercizio dell'influenza è meramente strumentale allo sfruttamento a proprio vantaggio della situazione di dominio.

<sup>48</sup> FIGA' – TALAMANCA, *cit.*, p. 335.

<sup>49</sup> SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p. 101; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990, p. 340; COLOMBO, *Il bilancio di esercizio: strutture e valutazioni*, Torino, 1987, p. 103. *Contra*, GUERRA, *L'informazione societaria e le società controllate* in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996, II, pp. 879 ss..

che impone di allegare al bilancio della società controllante quello delle singole società controllate, in quanto finalizzata a consentire, attraverso il raffronto tra i dati, la verifica dei valori che nel bilancio della società madre sono stati attribuiti alle partecipazioni nelle società controllate.

Secondo tale orientamento, dunque, delle garanzie apprestate dall'ordinamento in presenza di situazioni di controllo sopravvivrebbero, nel dominio esterno, le sole norme a tutela della cd. «sincerità delle assemblee» e non anche quelle relative all'integrità del capitale sociale<sup>50</sup>.

L'applicazione solo parziale della disciplina del controllo, tuttavia, non trova il consenso di chi ritiene che, a prescindere dal rischio di annacquamento del capitale sociale, scongiurato dall'applicabilità della disciplina in tema di partecipazioni reciproche, il divieto di sottoscrizione ed i limiti all'acquisto di azioni della controllante da parte della controllata impedirebbero anche il verificarsi di diverse forme di abuso del controllo<sup>51</sup>, tra le quali la più generale può essere individuata nella induzione, da parte della prima, ad un impiego pregiudizievole delle risorse patrimoniali della seconda.

---

<sup>50</sup> PAVONE LA ROSA, *Disciplina del "controllo" "e dei "gruppi"*, cit., pp. 586 - 611, nt. 6, il quale ritiene eccessiva l'integrale applicazione dell'art. 2359 *bis* c.c. alla fattispecie dell'acquisto di partecipazioni della controllante da parte della società esternamente controllata, in quanto, in tale ipotesi, non vi è il rischio di «nullificazione dei rispettivi capitali sociali»; permane, invece, l'esigenza di impedire che l'organo gestorio della controllante possa svolgere un'influenza distorsiva sull'assemblea della società controllata. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 8 - 41, nell'aderire alla tesi che esclude che possano applicarsi al controllo contrattuale tutte le disposizioni che presuppongono la ricorrenza della fattispecie del controllo, afferma che di esso debba adottarsi una «nozione relazionale» ossia una nozione «variabile a seconda delle specifiche finalità volta per volta perseguite dalle norme la cui applicazione, appunto, discende dalla sussistenza del controllo contrattuale». Nello stesso senso, CANDI, cit., p. 98; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 278; SCHIUMA, *op. cit.*, p. 118. Secondo PASTERIS, *op. cit.*, pp. 183 (nt. I) - 196, l'applicabilità dell'art. 2359 *bis* c.c. al controllo esterno trova giustificazione solo nella parte in cui essa è volta ad evitare una possibile elusione del divieto previsto dall'art. 2357 c.c.. L'intento del legislatore andrebbe, infatti, individuato, non nella diretta disciplina delle conseguenze derivanti dall'acquisto di azioni della controllante, bensì nel tentativo di evitare l'acquisto indiretto delle proprie azioni da parte di quest'ultima.

<sup>51</sup> NOBILI - VITALE, *op. cit.*, p. 154, secondo i quali, mentre la *ratio legis* dell'art. 2359 *bis*, co. 1, c.c. indurrebbe ad escludere la sua applicazione al controllo contrattuale, la formulazione letterale della norma non sembra consentire interpretazioni restrittive. Nello stesso senso, FERRI, *Le società*, Trattato di diritto civile italiano, fondato da Vassalli, X, 3°, Torino, 1987, p. 998; D'ALESSANDRO, cit., p. 173; CANDI, cit., pp. 98 ss..

Va, in ogni caso, osservato che l'indipendenza del controllo esterno dalla partecipazione sociale o dalla disponibilità di voti, non può incidere sulla intensità dell'influenza esercitata sulla controllata, potendosi configurare una posizione di controllo contrattuale esclusivamente là dove i vincoli negoziali siano di forza tale da generare una influenza dominante equivalente a quella conferita dal possesso della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria<sup>52</sup>.

Risulta necessario, dunque, valutare quale sia la soglia di rilevanza dell'influenza ai fini del controllo contrattuale e, cioè, quale intensità essa debba raggiungere affinché, per il tramite del vincolo, una società possa assumere il controllo di un'altra.

Tuttavia, non ogni vincolo contrattuale cui consegua una influenza dominante rientra nella fattispecie del controllo esterno, risultando necessario, ai fini della sua rilevanza ex art. 2359, n. 3 c.c., valutare quali siano in concreto gli effetti da esso prodotti, il suo contenuto ed il contesto nel quale viene realizzato<sup>53</sup>.

Appare evidente, tuttavia, già da queste osservazioni preliminari, la natura relativa dell'accertamento dell'esistenza di una relazione di controllo contrattuale, sempre legato ad una valutazione casistica.

Il maggiore sforzo ricostruttivo che caratterizza la fattispecie del controllo esterno rispetto alle ipotesi di controllo interno trova, infatti, giustificazione proprio nella necessità di una più approfondita e concreta

---

<sup>52</sup> In tal senso, BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990, p. 219; FRE' – SBISA', cit., p. 245; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 277; NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1975, p. 380, il quale afferma che l'acquisto del controllo è ravvisabile, in mancanza di forme di proprietà o di godimento sull'impresa, solo allorché il vincolo contrattuale dà vita ad «una struttura imprenditoriale con caratteristiche analoghe a quelle fondate sull'appartenenza diretta o indiretta dei mezzi produttivi», perché solo in presenza di tali requisiti si giustifica l'eccezionale qualificazione di un rapporto contrattuale tra due imprese distinte, da un punto di vista soggettivo ed oggettivo, in termini di controllo esterno.

<sup>53</sup> SCHIUMA, *op. cit.*, pp. 109 e 114, nt. 153, secondo la quale il controllo contrattuale, quale *quaestio facti*, nasce da vincoli «particolari» oltre che per il contenuto giuridico, per la determinata situazione di fatto in cui si inseriscono: «diritto e fatto devono entrare entrambi nella prognosi della rilevanza giuridica della situazione di predominio».

verifica del contenuto del vincolo e dei poteri che, per effetto dello stesso, sono attribuiti alla controllante in via contrattuale, risultando, viceversa, con maggiore evidenza, seppur all'esito di un giudizio casistico, l'esistenza di una posizione di dominio di fatto sull'assemblea ordinaria, fondata sul possesso di una partecipazione che consenta di disporre di voti sufficienti ad esercitare sulla stessa un'influenza dominante, e configurandosi, infine, in modo oggettivo, il controllo derivante dalla disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nella stessa assemblea<sup>54</sup>.

## 5. I soggetti della relazione di controllo

L'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie del controllo esterno, presuppone la definizione del suo ambito di applicazione soggettivo che, sebbene appaia inequivoco nella lettera degli artt. 2359 c.c. e ss. c.c., risulta diversamente ricostruito in dottrina e, soprattutto, variamente individuato nella legislazione speciale successiva al codice.

Partendo dal dato normativo, appare incontestabile l'affermazione per cui la relazione di controllo può intercorrere esclusivamente tra società<sup>55</sup>. La stessa norma definitoria, infatti, al pari delle successive disposizioni, ad esse fa esclusivo ed espresso riferimento, quali destinatarie della disciplina ivi contenuta.

D'altra parte, alcun senso avrebbe l'applicazione di tale disciplina ad imprenditori individuali o, addirittura a soggetti privi della qualifica di

---

<sup>54</sup> PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., pp. 584 –585, rileva il più attenuato grado di stabilità ed incisività del potere derivante dal controllo fondato su rapporti contrattuali da cui consegue la meno agevole accertabilità in concreto rispetto al potere, formalmente definibile e valutabile, attribuito dal diritto di voto nel controllo interno. Più in generale, SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 5, nt. 9, sottolinea che il controllo contrattuale, in considerazione delle sue numerose peculiarità, è una fattispecie distinta ed autonoma dal controllo interno, tanto da rendere sconsigliabile un trattazione congiunta ed unitaria dei due fenomeni, pur non potendosi *a priori* escludere l'esistenza di aspetti e problemi comuni.

<sup>55</sup> Tale assunto è condiviso da NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 302, il quale, nel delineare l'ambito di applicazione soggettivo del controllo nella legge *antitrust*, ne evidenzia la maggiore ampiezza, rispetto all'ambito di rilevanza del controllo ex art. 2359 c.c., limitato alle sole imprese costituite in forma societaria.

imprenditore, ove si consideri che i principali effetti dell'esistenza di siffatta relazione consistono nella regolamentazione dell'esercizio del diritto di voto nell'assemblea della controllante e nella limitazione all'acquisto di azioni o quote della stessa da parte della controllata, nonché nella prescrizione di precisi adempimenti pubblicitari.

A tale espressa ed inequivoca statuizione non pare possibile opporre alcuna differente interpretazione che, conseguentemente, rimarrebbe priva di fondamento normativo<sup>56</sup>.

Non può, tuttavia, ignorarsi l'opinione autorevolmente espressa da chi, sottolineando le evidenti asimmetrie che compaiono all'interno della stessa disciplina codicistica, ritiene che il controllo in generale e quello esterno, in particolare, si concretizzi in una relazione che può intercorrere tra imprenditori di ogni tipo, anche individuali, nonché tra enti a struttura non associativa<sup>57</sup>.

Nel solco di tale impostazione si collocano differenti orientamenti che, pur temperandone l'eccessiva portata espansiva, propongono un ampliamento dell'elemento soggettivo del controllo, indipendente dalla struttura societaria dell'impresa<sup>58</sup>.

Tra le argomentazioni poste a sostegno dell'orientamento estensivo rilievo preminente assume la considerazione secondo la quale la posizione apparentemente netta assunta dal legislatore nell'art. 2359 c.c. risulta

---

<sup>56</sup> BASSI, cit., p. 601, secondo il quale il tenore letterale della norma non pare giustificare alcun dubbio interpretativo, né legittimare soluzioni differenti: «Sono considerate società controllate le società che ...».

<sup>57</sup> PASTERIS, *op. cit.*, p. 43; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 89 ss.. Secondo SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 4, nt. 8, l'imprenditore individuale o non societario non può essere soggetto passivo del controllo, quantomeno interno, mentre un imprenditore individuale, così come qualunque altro soggetto privato o pubblico, può essere titolare del controllo su una o più società. *Ivi*, p. 107, nt. 182, l'A. giunge ad affermare che in relazione a tali soggetti il contratto rappresenterebbe l'unico possibile strumento di controllo.

<sup>58</sup> D'ALESSANDRO, cit., p. 108, sebbene con riferimento al collegamento tra società, propone una ricostruzione del profilo soggettivo differenziata secondo la quale, mentre soggetto passivo della relazione potrebbe essere qualsiasi società, indipendentemente dal tipo o dall'oggetto, dal lato attivo potrebbe collocarsi anche qualsiasi persona, fisica o giuridica, o soggetto non personificato.

contraddetta in successive disposizioni quali, ad esempio, gli artt. 2424 e 2426 c.c., ove compare il riferimento ad «imprese» controllanti e controllate.

Tale rilievo non pare, tuttavia, sufficiente a porre in discussione la definizione generale, ampliandone il contenuto in evidente contrasto con la sua interpretazione letterale.

Non convince neppure l'opinione di segno opposto, in questo caso eccessivamente restrittiva, che limita i soggetti del controllo alle sole società a base azionaria<sup>59</sup> o, comunque, alle sole società di capitali<sup>60</sup>, orientamento legato ai dati formali della collocazione sistematica della norma, inserita nel Capo V dedicato alle società per azioni e non richiamata dalle disposizioni in

---

<sup>59</sup> FERRI, *Le società*, cit., pp. 998 – 999.

<sup>60</sup> SCHIUMA, *op. cit.*, pp. 48 e 117, desume che la disciplina del controllo nasca «pensata» per le società per azioni dalla Relazione al Codice civile, dall'analisi degli interessi che ad essa sono sottesi, dal riferimento alla maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria e, soprattutto, dalla centralità organizzativa del capitale sociale, utilizzato quale parametro della disciplina. L'A. esclude la possibilità che la relazione di controllo possa coinvolgere «un'impresa individuale o un'altra organizzazione non modellata sulla proporzionalità potere – rischio», in quanto, i pericoli che la disciplina del controllo è volta ad evitare sorgono solo là dove l'organizzazione della società controllante «sia tale da ricollegare alla grandezza della partecipazione al capitale un titolo giuridico a governare». Partendo da tale assunto l'A. giunge, tuttavia, ad affermare che, sebbene la disciplina del controllo sia espressamente dettata solo fra le norme relative alla società per azioni, deve ritenersi, comunque, legittima una sua applicazione analogica alla società a responsabilità limitata, che «non potrebbe ritenersi esclusa per il fatto della “natura” non azionaria della partecipazione». Non è, infatti, dal riferimento all'azione o alla quota che è possibile desumere quali siano le organizzazioni compatibili con il controllo. PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., p. 589, esclude che i soggetti del vincolo debbano essere società azionarie in virtù del riferimento, nell'art. 2359 *bis* c.c., tanto alle azioni quanto alle quote della controllante, ma ne richiede la ricomprensione nell'ambito delle società di capitali, in considerazione sia della collocazione sistematica della norma sia degli obblighi informativi sulle partecipazioni detenute che, per l'A., assolvono ad un'esigenza conoscitiva particolarmente rilevante nelle società a base capitalistica. AMATUCCI, cit., p. 7, parte dal condivisibile assunto secondo il quale in relazione ai soli tipi sociali può giustificarsi l'obiettivo, su cui si fonda la disciplina del controllo, di contenere gli effetti distorsivi che possono conseguire agli incroci azionari, posto che l'ipotesi di partecipazioni incrociate può verificarsi solo tra società. Tuttavia, non ritenendo di poter risolvere positivamente il problema, allora fortemente discusso, della partecipazione di società di capitali in società di persone, l'A. limitava la disciplina di cui all'art. 2359 c.c. alle sole società di capitali. Alla stessa conclusione perviene CANDI, cit., p. 39, il quale individua nel richiamo all'organo assembleare, alla riserva legale ed al bilancio dei riferimenti testuali che «farebbero propendere per la tesi negativa». Nello stesso senso, LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 18, nt. 3; GRANDE STEVENS, *Società controllate e collegate – rappresentanza in assemblea*, in Riv. soc., 1974, p. 803.



tema di società a responsabilità limitata, nonché al riferimento, nella stessa contenuto, ad «azioni o quote».

La possibilità di estendere la relazione di controllo anche alle società di persone<sup>61</sup>, munita di appiglio letterale in seguito alla novella del 1974, ha subito un forte condizionamento per effetto del dibattito relativo alla ammissibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone<sup>62</sup>. Tuttavia, una volta risolto positivamente tale nodo interpretativo, l'individuazione di queste ultime quali soggetti di una relazione di controllo, anche interno, non può essere più posta in discussione, pur dovendosene, tuttavia, generalmente limitare la collocazione al ruolo di controllanti interne.

La definizione dell'ambito soggettivo della norma non può, infatti, avvenire in maniera univoca, ma si rende necessario operare un duplice ordine di distinzioni, separando il «versante ascendente» da quello

---

<sup>61</sup> La questione è stata oggetto di approfondita analisi da parte di NOBILI – VITALE, *op. cit.*, p. 144 e ss., i quali, pur individuando i numerosi ostacoli che si frappongono alla estensione della disciplina del controllo alle società di persone, ne affermano la insufficienza e la non decisività ai fini della opzione in favore della soluzione restrittiva. Gli A. concludono, conseguentemente, per la applicabilità dell'art. 2359 c.c. anche alle società di persone, purché parte della relazione di controllo sia almeno una società di capitali. Tale conclusione è, altresì, giustificata dalla esigenza di garantire la tutela degli interessi potenzialmente pregiudicati dall'esistenza del controllo, la cui lesione appare indipendente dalla natura dei soggetti tra cui intercorre la relativa relazione. ASCARELLI, *In tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 256, nt. 65, già prima della novella legislativa opta per l'estensione della disciplina a tutte le società non azionarie in considerazione della omogeneità degli interessi tutelati.

<sup>62</sup> Il tema, particolarmente dibattuto, è stato originariamente affrontato e risolto negativamente in dottrina da SRAFFA e BONFANTE, *Società in nome collettivo fra società anonime*, in *Riv. dir. Comm.*, 1921, p. 612 ss. e SCOTTI CAMUZZI, *Società per azioni accomandante di società in accomandita semplice*, in *Contr. Imp.*, 1989, pp. 97 ss.. In giurisprudenza, Cass. 29 aprile 1980 n. 2874, in *Riv. not.*, 1980, p. 1281; Cass. 28 gennaio 1985, n. 464, in *Giur. comm.*, 1986, p. 418; Cass. S.U. 17 ottobre 1988 n. 5636, in *Soc.*, 1989, 18 ss., che è giunta, addirittura a negare l'ammissibilità della partecipazione in qualità di socio accomandante. Si sono, invece, pronunciati nel senso della ammissibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone, tra gli altri, GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, pp. 83 ss.; FERRI, *Le società*, cit., pp. 126 ss. Per più ampi riferimenti bibliografici, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2 Diritto delle società*, Torino, 2003, p. 70.

Occorre, tuttavia, evidenziare che la soluzione di tale questione incide sulla sola definizione dell'ambito soggettivo di applicazione del controllo interno, risultando irrilevante ai fini dell'ammissibilità di una relazione di controllo esterno tra società di persone e società di capitali, che prescinde da vincoli partecipativi.

«discendente» e differenziando la soluzione a seconda del tipo di controllo esercitato<sup>63</sup>.

Seppur, infatti, l'ambito applicativo della norma, per qualunque forma di controllo e in relazione ad entrambi i soggetti della relazione, debba essere limitato alle sole società, all'interno di tale categoria non tutte le forme organizzative risultano compatibili con la struttura e la disciplina del controllo.

Nell'ipotesi di controllo interno, la partecipata dovrà necessariamente essere una società di capitali, rilevando esclusivamente in tali enti l'esistenza di partecipazioni "qualificate" al capitale sociale, dalla cui grandezza dipende, cioè, l'ampiezza del titolo giuridico a governare, con il conseguente venir meno della possibilità che tale posizione sia assunta da una società di persone, caratterizzantesi per la tendenziale indipendenza dei poteri di ingerenza e di controllo dei soci dall'entità della partecipazione<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Tale impostazione, già proposta da D'ALESSANDRO, cit., p. 108, viene ripresa da RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 91 ss.

<sup>64</sup> In tal senso PASTERIS *op. cit.*, p. 61; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 104, nt. 178, secondo la quale «non sembra concepibile un controllo interno su società che non siano organizzate alla stregua del principio capitalistico, in particolare sulle società cooperative (nelle quali l'influenza non è proporzionale all'entità della partecipazione, poiché vige – com'è noto – il principio una testa un voto)». PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., p. 589, secondo il quale mentre nelle società personali la volontà del gruppo si fonda sul peso decisionale spettante a ciascun socio in quanto tale, nelle società di capitali la volontà del gruppo si fonda sul peso che ciascun socio esprime in base alla parte di capitale che ha sottoscritto con la conseguenza che, nelle prime, il diritto del socio ad amministrare è «diretto e di immedesimazione», nelle seconde è «indiretto e di separazione». Secondo SCHIUMA, *op. cit.*, pp. 169 ss., come rilevato, il controllo interno può essere esercitato sulle società per azioni, in cui strutturalmente la corrispondenza biunivoca tra il numero di azioni ed il numero di voti attribuisce a ciascun socio, all'interno dell'assemblea, una forza deliberativa proporzionale a quanto conferito. Lo stesso potere, pur in assenza di un espresso rinvio alla disciplina del controllo dettata per la s.p.a., potrà, tuttavia, essere esercitato sulle società a responsabilità limitata in cui vige l'analogo principio, sancito dall'art. 2472 c.c., della proporzionalità tra potere e conferimento e tra potere e rischio. La quota, infatti, come l'azione, si configura quale strumento «muto» o «neutro» dal punto di vista organizzativo, tendenzialmente idoneo a creare un sistema rappresentativo fondato sulla suddetta proporzionalità, che opera, nelle s.r.l., indipendentemente dal contesto, assembleare o meno, in cui vengono adottate le decisioni. Nello stesso senso, NOBILI – VITALE, *op. cit.*, p. 144, secondo i quali la norma, dettata per la società per azioni, può trovare applicazione tanto alle società a responsabilità limitata, quanto alle società in accomandita per azioni, in quest'ultimo caso in virtù del generale richiamo alla disciplina della s.p.a. di cui all'art. 2464 c.c. Nell'ambito delle società in accomandita per azioni

Tale affermazione può, tuttavia, essere temperata alla luce della considerazione per cui anche nelle società di persone può trovare spazio il controllo da partecipazione, sebbene ciò possa avvenire, grazie all'autonomia statutaria, solo «al di fuori del modello legale»<sup>65</sup>. Tale possibilità può verificarsi, per esempio, là dove la società, si sia dotata di un sistema di amministrazione affidato ad alcuni soci, scelti da una maggioranza calcolata per quote di interesse: è evidente che in tale ipotesi la società risulterà governata in virtù della grandezza della partecipazione.

Al contrario, irrilevante è la struttura organizzativa della società controllante e, dunque, il tipo sociale cui la stessa appartiene, in quanto il potere derivante dalla partecipazione di incidere sulle decisioni della controllata dipende esclusivamente dall'assetto organizzativo di quest'ultima<sup>66</sup>.

---

ritiene, invece, SCHIUMA, *op. cit.*, pp. 197 ss., che valga un discorso diverso in quanto, in tale ipotesi, nonostante il capitale sociale mantenga invariata la propria funzione organizzativa, le soglie individuate dall'art. 2359 c.c. si rivelano inadeguate ad attribuire, in concreto o anche solo potenzialmente, il governo della società, indipendente dalla grandezza della partecipazione al capitale. In favore degli accomandatari si crea, infatti, uno sbilanciamento di potere che moltiplica esponenzialmente il peso della loro partecipazione sociale, senza alterare quello della loro partecipazione al capitale. L'A. giunge, pertanto, alla conclusione della non congruità dell'applicazione alla società in accomandita per azioni delle norme dettate per la s.p.a.

<sup>65</sup> Così, SCHIUMA, *op. cit.*, pp. 213 - 217, la quale rileva che nelle società di persone il controllo da partecipazione non trova spazio né esplicitamente né implicitamente se non «eccezionalmente ed al di fuori del modello legale» in quanto la proporzionalità tra potere e rischio costituisce un elemento soltanto eventuale, espressione di un assetto realizzato dai soci sfruttando gli spazi di autonomia ritagliati tra le norme suppletive. La conclusione cui l'A. perviene è che la disciplina del controllo nel codice civile presuppone solo una determinata logica organizzativa, a prescindere dalla «tecnica» con la quale si misura il potere sociale e, conseguentemente, a prescindere dal tipo sociale astrattamente considerato. Ritengono, invece, NOBILI – VITALE, *op. cit.*, p. 169, che il controllo di una società di capitali su una società di persone possa assumere solo le forme di cui all'art. 2359 nn. 2 e 3 c.c., stante la mancanza nelle seconde, dell'organo assembleare. In termini di disciplina, invece, tale relazione di controllo imporrebbe degli adattamenti del disposto dell'art. 2359 *bis* c.c..

<sup>66</sup> In caso di controllo di una società di persone su una società di capitali, NOBILI – VITALE, *op. ult. cit.*, propendono, invece, per l'intergale applicabilità dei criteri di controllo previsti dall'art. 2359 c.c., permanendo, invece, l'esigenza di adattamento della disciplina prevista dall'art. 2359 *bis*, in relazione alle previsioni che fanno riferimento ad assemblea e bilancio della controllata nonché all'obbligo di alienazione delle quote, ove non compatibile con il regime di trasferibilità delle stesse, previsto dal contratto sociale.

La definizione del soggetto attivo della relazione di controllo è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina tedesca, secondo la quale tale posizione può essere assunta da enti aventi qualsiasi forma giuridica, ivi compresa quella del commerciante individuale. Sul

Sulla base dei medesimi parametri, a diverse conclusioni si perviene nell'ipotesi di controllo contrattuale<sup>67</sup>. In tal caso, infatti, l'attribuzione tanto della posizione di controllante quanto di quella di controllata, non è vincolata ad alcuna "caratteristica strutturale" delle società stesse, in quanto il potere della prima di incidere sulle decisioni ed, in definitiva, sulla gestione della seconda è determinato esclusivamente dal vincolo contrattuale, prescindendo, dunque, dalla struttura e dalle caratteristiche dei soggetti della relazione, che, conseguentemente, può coinvolgere società di qualsiasi tipo<sup>68</sup>.

---

punto RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, pp. 317 e ss., ove ampi riferimenti. Gli orientamenti in cui la suddetta dottrina si articola, oscillano tra un polo estensivo, secondo il quale la qualifica di controllante può essere attribuita anche al socio che detenga la semplice partecipazione maggioritaria o che, in quanto socio di maggioranza, eserciti forme di ingerenza nella gestione o nella politica di mercato della società partecipata ed un polo restrittivo (tesi ccdd. istituzionali e teleologiche), che attribuisce la posizione di controllante al solo socio di maggioranza che eserciti la propria ingerenza nella società attraverso un'organizzazione reale o personale o, infine, al solo socio che persegua, al di fuori della società partecipata, un autonomo interesse imprenditoriale, sufficiente a far temere l'esercizio dell'influenza dominante a danno della società partecipata.

<sup>67</sup> Sul punto, PASTERIS *op. cit.*, p. 61; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 6 - 91, il quale rileva come la figura del controllo esterno si caratterizzi per una «intrinseca maggiore estensione soggettiva rispetto alle altre forme di possibile "dominio"», specificando, tuttavia, che, sotto il profilo ascendente, il controllo esterno può essere esercitato da «ogni imprenditore, indipendentemente dalle scelte organizzative», mentre, sotto il profilo discendente, l'esercizio di un'influenza dominante contrattuale rappresenta l'unico strumento in grado di assoggettare a controllo un imprenditore individuale o per consentire ad una società di capitali di acquisire il dominio su una società di persone. Cfr., SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in Riv. dir. civ., 1984, p. 666, nt. 127.

<sup>68</sup> TANTINI, *Materiali per lo studio della nuova disciplina della società per azioni*, Padova, 1974, p. 803, afferma che «la nozione di controllo, salvo il dominio derivante da particolari vincoli contrattuali, che sembra comprendere tutte le società, sottintende come soggetto passivo una s.p.a. o una s.r.l.» e solo come soggetto attivo anche una società di persone.

Le conclusioni raggiunte consentono di accogliere solo in una più limitata accezione la tesi precedentemente richiamata che individua il contratto quale unico strumento attraverso il quale è possibile acquistare il controllo di soggetti diversi dalle società di capitali.

## CAPITOLO II

### L'influenza dominante

#### 1. L'influenza dominante: caratteri generali

La nozione di controllo contenuta nel codice civile si caratterizza per la frammentazione della fattispecie<sup>69</sup>: le sue diverse forme sono, infatti, configurate in modo autonomo e per ciascuna di esse assume rilievo un diverso “strumento” attraverso il quale il dominio nasce e viene esercitato.

La norma, inoltre, non individua alcun elemento condiviso dalle tre ipotesi che possa essere considerato quale nucleo comune della fattispecie generale.

Nonostante tali evidenti considerazioni la dottrina è concorde nel ritenere che le differenti nozioni di controllo evocino sempre una sottostante situazione di influenza - dominante o determinante - in quanto presuppongono il potere della controllante di orientare, conformemente alle strutture organizzative della società controllata, l'attività di volta in volta da questa prescelta<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 53.

<sup>70</sup> In generale, PASTERIS, *Il “controllo” nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, cit., p. 28, definisce l'influenza dominante come un particolare potere che un soggetto detiene nei confronti di un altro e che deriva normalmente da situazioni extragiuridiche di varia natura per effetto delle quali la personalità di uno dei due soggetti viene soggiogata e sottoposta all'altro. L'intervento di questi determina, dunque, le decisioni e le iniziative del soggetto debole che vengono sviate dal loro corso naturale. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 242, rileva che nell'influenza, intesa come condizionamento delle altrui decisioni o di altri atti o fatti, risiede «il tratto qualificante del controllo, ovvero sia l'elemento che attribuisce alla relazione la connotazione decisiva». Con specifico riferimento al controllo codicistico, MINERVINI, *La capogruppo e il «governo» del gruppo*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1568, afferma che le diverse fattispecie si incentrano tutte sull'influenza dominante di una società su una o più altre, con la differenza che «nei nn. 2 e 3 del comma 1 il riferimento all'influenza dominante è esplicito, mentre nel n. 1 è implicito». Secondo JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, cit., p. 1441, l'influenza dominante rappresenta una clausola generale e viene definita quale situazione di fatto, il cui accertamento passa per la valutazione della composizione e dei comportamenti degli organi sociali, caratterizzata dall'esistenza di una posizione di subordinazione continua e stabile nel tempo accompagnata dalla presenza di una pervasiva e persistente ingerenza esterna, riferibile alla capogruppo. BASSI, *Gruppi di imprese*, cit., p. 601, individua l'influenza dominante quale «nucleo di ogni rapporto di controllo», concretizzantesi

Ove, dunque, si individui l'influenza dominante quale tratto caratterizzante della nozione codicistica di controllo, pare preliminarmente possibile affermare che le varie forme di dominio ivi disciplinate, pur esercitate con modalità ed attraverso veicoli sostanzialmente diversi, debbano caratterizzarsi per una analoga intensità ed una equivalente idoneità ad influenzare in modo stabile la gestione della società controllata<sup>71</sup>.

---

nel potere di imporre le proprie decisioni alla società stessa ed ai soci di questa. Nello stesso senso, ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., pp. 103 ss.; ANGELICI, *La partecipazione azionaria nelle società per azioni*, in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, vol. 16, tomo 2, Torino, 1985, p. 333.

LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 55 e ss., applicando il metodo tipologico (DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; ZANARONE, *La società a responsabilità limitata*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, VIII, 1985, p. 22), individua l'influenza dominante quale dato caratteristico e comune denominatore di tutte le fattispecie di controllo, la cui presenza consente di ricondurre le diverse figure ad un tipo unitario. L'opzione dell'A. per la qualificazione del controllo come «tipo» sta nel vantaggio dell'elasticità dei dati individuanti che, pur differenziandosi tra loro per la presenza di ulteriori specificazioni di contenuto crescente, rimangono coerenti con un tratto qualificante di base. Differentemente, il «concetto» si elabora mettendo in evidenza elementi comuni del gruppo, tutti necessari per la loro riconduzione allo stesso concetto. Anche PASTERIS, *op. cit.*, pp. 121 ss., ritiene possibile dare risposta positiva alla ricostruzione del controllo quale concetto unitario in quanto ciascuna forma risulta caratterizzata dal fondamento comune dell'influenza dominante esercitata sull'ordinaria gestione dell'impresa subordinata. *Contra*, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 14, il quale nega che la nozione di controllo presenti un nucleo concettuale comune a tutte le definizioni presenti nel sistema rilevando come i requisiti indispensabili dell'influenza dominante - stabilità e globalità - si atteggiino diversamente in ciascuna di esse. Il tentativo di individuare una nota qualificante comune attraverso progressive generalizzazioni porterebbe, per l'A., ad una definizione della fattispecie unitaria, ma così generica da risultare priva di qualsiasi funzione applicativa. Nello stesso senso, SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, cit., pp. 2 - 3, la quale afferma che, anche postulandosi che il fenomeno disciplinato sia unitario, circostanza ritenuta improbabile, l'indagine giuridica non risulterebbe semplificata in quanto il fenomeno è valutato dall'ordinamento da molteplici angolazioni. L'A. esclude, inoltre, che il contenuto minimo della nozione giuridica di controllo possa essere individuato in un concetto così elastico da risultare una mera generalizzazione delle norme che danno rilievo ai vincoli di origine partecipativa o contrattuale. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 458, in una critica puntuale alla tesi sostenuta da Lamandini, afferma la «irriducibilità delle diverse nozioni di controllo ad un paradigma comune», rilevando come un'indagine in questa direzione conduca inevitabilmente ad un livello di astrazione tale da impedire applicazioni pratiche di qualche rilievo. Ciascuna definizione di controllo acquista un senso, per l'A., solo nella misura in cui è funzionale agli scopi che il legislatore si prefiggeva nel dettarla e, dunque, ciascuna nozione, riflette le esigenze tecniche della disciplina cui è riferita. Tale assunto è, tuttavia, per lo stesso A. contraddetto dall'immancabile rinvio, nella legislazione speciale, all'art. 2359 c.c. la cui nozione di controllo è, dunque, quella con cui tutte le altre definizioni speciali devono confrontarsi.

<sup>71</sup> Nel senso che, a fronte di tali diversità, il concetto di influenza dominante sia unitario e, sulla base di criteri unitari debba essere inteso, SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 103.

Ne consegue che l'influenza esercitata di fatto in virtù di partecipazioni o di particolari vincoli contrattuali può qualificarsi come dominante solo in quanto si caratterizzi per una intensità ed idoneità a determinare la gestione della società controllata analoga a quella derivante dalla disponibilità della maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria, esemplificativamente individuata da taluni autori quale ipotesi di influenza rilevante ai fini del controllo<sup>72</sup>.

La necessaria analoga intensità dell'influenza dominante non si pone, tuttavia, in contrasto con il rilievo per cui essa, nelle diverse forme di dominio, si caratterizzi in modo parzialmente differente<sup>73</sup>.

Per quanto attiene, in particolare, al controllo contrattuale, risulta, pertanto, essenziale, in assenza di indicazioni normative sul punto, delineare le caratteristiche e, soprattutto, le soglie di rilevanza dell'intensità dell'influenza generata dal vincolo, in modo da legare il giudizio sulla sua esistenza, in ogni caso fattuale, a dei parametri predeterminati che non lo rendano arbitrario<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Sul punto, SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 468, il quale, partendo dalla constatazione che il concetto di influenza dominante compare esclusivamente ai nn. 2 e 3 dell'art. 2359 e, cioè, con riferimento alle sole ipotesi di controllo cd. di fatto ritiene che l'interprete si trovi di fronte ad una duplice alternativa: o considerare il controllo di diritto un'esemplificazione del concetto di influenza dominante che, dunque, risulterebbe effettivamente il nucleo di ogni forma di controllo, oppure affermare che è dominante l'influenza, ottenuta di fatto in virtù di partecipazioni o vincoli contrattuali, che equivale quanto ad intensità e portata a quella che verrebbe conferita dal possesso della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

<sup>73</sup> NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 246, afferma che non vi è dubbio sulla circostanza che si possano concepire «diversi livelli di rilevanza dell'influenza» che si configura quale «elemento variabile che può assumere differente fisionomia a seconda dei parametri dettati dalle singole definizioni normative». Anche LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 61 ss., sottolinea che la «elasticità della fattispecie e la molteplicità delle forme di manifestazione che si accompagnano all'esercizio del potere imprenditoriale» rendono il giudizio sulla sussistenza dell'influenza un giudizio meramente fattuale, legato alla valutazione di tutte le circostanze del caso concreto.

<sup>74</sup> Sul punto, ANGELICI, cit., p. 334, osserva che il problema posto dalla nozione di controllo contrattuale è quello di individuare indici formali idonei ad attribuire rilievo alla situazione di influenza dominante ed, in sostanza, ad impedire che essa si caratterizzi sulla base di dati meramente economici. Afferma, in proposito, LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 69, che «il problema si sposta sul piano della prova», rilevando come una delle modalità dirette ad agevolarne il raggiungimento sia stata la tipizzazione

Analoghe esigenze definitorie, evidentemente, non sussistono nell'ipotesi di controllo di diritto, là dove l'esistenza di una situazione di influenza dominante rilevante è ricollegata al raggiungimento di soglie partecipative predeterminate, mentre si manifestano in maniera più attenuata nel caso di controllo interno di fatto, ove l'influenza dominante è legata ad indici numerici solo determinabili.

Al contrario, nel controllo esterno tale accertamento è reso particolarmente difficile dalla natura casistica della valutazione e dalla elasticità della stessa nozione di influenza dominante, cui consegue la necessità di analizzare in concreto il contenuto dei vincoli contrattuali da cui essa deriva<sup>75</sup>.

L'esigenza di ancorare anche l'individuazione della fattispecie del controllo esterno a dei parametri oggettivi ha condotto la tradizionale dottrina a cercare la soluzione del problema sul piano dei vincoli contrattuali, individuando un elenco più o meno ampio di contratti commerciali o di clausole in essi contenute che, sulla base di una valutazione astratta, potessero ritenersi idonee a consentire ad una società di esercitare un'influenza dominante su un'altra<sup>76</sup>.

Pare più corretto, invece, che i termini della questione siano invertiti, perché è partendo dall'analisi delle caratteristiche dell'influenza esercitata sulla controllata che può valutarsi se il vincolo, di qualunque tipo esso sia, possa qualificarsi quale fonte di controllo.

---

normativa di talune forme di influenza che, tuttavia, non costituiscono un elenco di fattispecie ulteriori rispetto all'influenza dominante ed al «tipo» controllo, ma ne rappresentano un'applicazione esemplificativa. Ulteriore meccanismo di semplificazione della prova è, per l'A., l'individuazione di talune situazioni che, poste quale presunzione relativa in alcune nozioni di controllo, possano essere utilizzate anche in contesti in cui non sono espressamente riformulate, purché, tuttavia, alle stesse venga attribuito il valore di mero indizio, liberamente valutabile dal giudice.

<sup>75</sup> Rileva LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 80, come la particolare difficoltà di delimitare i confini applicativi della nozione di influenza dominante nel controllo di fatto sia dimostrata dallo stesso legislatore il quale, nel definire la fattispecie del collegamento, ha ritenuto opportuno legare il concetto di influenza notevole a soglie partecipative predeterminate, sia pure attribuendovi rilievo di mera presunzione relativa.

<sup>76</sup> Sul punto, vedi Capitolo III.



L'individuazione delle soglie di rilevanza della intensità e della ampiezza dell'influenza dominante<sup>77</sup> risulta, dunque, tema centrale nell'analisi dell'intera fattispecie del controllo esterno, condizionando la soluzione prescelta anche l'analisi del diverso presupposto dei vincoli contrattuali.

In sostanza, occorre definire, almeno in termini generali, i poteri della controllante e le decisioni che quest'ultima deve essere in grado di determinare nella controllata affinché la relazione di controllo possa ritenersi sorta.

## **2. Dall'influenza “organica” a quella “oggettiva”**

L'oggetto rappresenta un primo indice delle significative differenze che caratterizzano l'influenza dominante rilevante nelle diverse forme di controllo.

Mentre, infatti, nel caso di dominio interno l'influenza è esercitata dalla controllante sull'assemblea ordinaria della controllata, nella fattispecie del controllo esterno non è previsto alcun “filtro organico”, con la conseguenza che tale influenza si sostanzia in un potere diretto sulla società controllata<sup>78</sup>.

Per “potere diretto” deve intendersi il potere dalla controllante di influenzare, in via immediata, talune scelte gestorie della società controllata.

In altre parole, caratteristica peculiare dell'influenza dominante nel controllo esterno è che la stessa non viene esercitata nel contesto assembleare, dando impulso alla formazione della volontà sociale mediante l'espressione del voto<sup>79</sup>, ma, prescindendo dalle regole organizzative proprie

---

<sup>77</sup> Il tema è affrontato da NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., pp. 241 ss., il quale, seppur in ambito *antitrust*, propone una analisi dettagliata di ciascun elemento che concorre alla individuazione dell'esatto contenuto dell'influenza rilevante nelle diverse ipotesi di controllo.

<sup>78</sup> SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 470; LAMANDINI, *Artt. 2359 - 2359 quinquies*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini – Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 400; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 37.

<sup>79</sup> Tale potere di impulso comporta, secondo RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 35, l'aggiuntiva possibilità, in virtù del rapporto strettamente fiduciario che si instaura tra il socio di maggioranza e gli amministratori da quest'ultimo nominati di determinare in concreto le

della società controllata, essa può concretizzarsi in un'influenza diretta su singole scelte gestorie della controllata, di competenza dell'organo amministrativo<sup>80</sup> o, seppur meno frequentemente, su decisioni di competenza dell'assemblea, ordinaria o straordinaria. Tale conclusione pare confermata dall'esame del contenuto delle clausole contrattuali in virtù delle quali sorge una posizione di controllo esterno<sup>81</sup>.

Pare, dunque, possibile affermare che all'influenza "organica", tipica del controllo interno, si contrapponga l'influenza "oggettiva", tipica del controllo esterno.

La possibilità di attribuire alla controllante il potere di condizionare l'operato degli amministratori della controllata pone, tuttavia, preliminarmente, il problema del coordinamento tra tale potere ed il

---

scelte amministrative più importanti e quelle strategiche. Nello stesso senso, PASTERIS, *op. cit.*, p. 78, secondo il quale «gli amministratori, anziché rappresentare realmente gli interessi della società ed essere nominati in funzione di questa, vengono piuttosto a rappresentare gli interessi del gruppo di controllo e non sono che l'emanazione di questo». Secondo l'A. tale collegamento fra gruppo dominante ed organo amministrativo determina il controllo e la direzione secondo gli interessi della controllante e gli conferisce stabilità.

<sup>80</sup> SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., pp. 479 ss., ritiene che il controllo passi necessariamente per un filtro organico in quanto il nucleo comune a tutte le forme è individuato nella «possibilità di piegare alla propria volontà l'organo amministrativo attraverso i due strumenti specificamente richiamati dall'art. 2359 c.c.: attraverso la leva del voto nell'assemblea ordinaria oppure attraverso lo strumento contrattuale». L'A. giunge a tale conclusione individuando i due nuclei principali di disciplina rispetto ai quali rileva il controllo ex art. 2359 c.c., nelle norme in tema di informazione societaria e, soprattutto, negli artt. 2359 *bis* e ss. c.c.. Proprio con riferimento alla decisione di acquisto e nella successiva gestione delle quote o azioni della società controllante da parte della controllata si ritiene concretizzato il rischio che la norma intende prevenire. Ne consegue che l'influenza dominante rilevante in ogni forma di controllo è, per l'A., quella che «si esprime e si manifesta nella decisione di investire il patrimonio sociale in partecipazioni azionarie o quote di società (eventualmente controllanti)» e che, conseguentemente, rende l'incrocio azionario «espressione di scelte non "libere" degli organi sociali delle società controllate». Le possibili fonti contrattuali del controllo vengono così ricondotte a tre categorie: contratti di dominio, contratti di sindacato e contratti di finanziamento. Ritengono che, come nelle fattispecie di controllo interno, anche nel controllo esterno lo strumento contrattuale debba essere idoneo a determinare la volontà dell'organo amministrativo, CARDARELLI, *Concentrazioni. Spunti tra regole codicistiche e di mercato*, Milano, 1996, p. 114 e PASTERIS *op. cit.*, pp. 60 – 75, secondo il quale il controllo sulla società si esplica essenzialmente mediante l'influenza sui suoi amministratori, cui compete la determinazione in concreto dell'interesse sociale ed il compimento degli atti di gestione, mentre quella esercitata sull'assemblea è unicamente funzionale a rendere stabile il controllo.

<sup>81</sup> Sul punto, vd. Capitolo III.

principio di necessaria indipendenza degli amministratori, cui compete, ex art. 2380 *bis* c.c., in via esclusiva, la gestione della società.

Si rende, infatti, necessario comprendere se, attraverso il vincolo contrattuale fonte di controllo, possa legittimamente configurarsi un'ipotesi di "traslazione" del potere direttivo dall'organo amministrativo della controllata alla società controllante<sup>82</sup>.

Il dibattito relativo alla legittimità di siffatta traslazione di poteri, sviluppatosi nel contesto normativo precedente alla riforma intervenuta nel 2003<sup>83</sup>, pare fortemente ridimensionato per effetto dell'avvenuto riconoscimento legislativo dell'attività di direzione e coordinamento, espressione di un potere capace di incidere significativamente sull'assetto organizzativo, sui fini, sulle modalità e sulla responsabilità per l'attività di gestione<sup>84</sup>. E', infatti, proprio della disciplina dell'attività di direzione e

---

<sup>82</sup> Sul tema, ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in nota a Cass. 6 marzo 1999, n. 1925 e 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. Comm.*, 2000, II, pp. 191 – 192.

<sup>83</sup> Già in tale contesto, infatti, i giudici di legittimità (Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439, cit.; Cass. 8 maggio 1991, n. 5123) avevano più volte affermato il principio in base al quale l'esercizio della direzione unitaria determina un legittimo trasferimento del centro decisionale e strategico al di fuori delle singole società operative cui consegue la necessità, per gli organi delle stesse, di uniformarsi alle «più generali scelte globali e gestionali del gruppo, formulate dagli organi gestori della controllante». Tale affermazione comporta, per la S.C., che non esistono ostacoli di carattere giuridico a che le decisioni adottate dall'organo gestorio del gruppo siano attuate dalle società ad esso appartenenti, purché la stessa attuazione sia mediata da regolari decisioni dei competenti organi deliberativi di ciascuna società controllata e sia rispettato l'interesse individuale di ognuna di esse. Del pari, in dottrina, JAEGGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, cit., p. 1449, sosteneva che la pretesa esistenza, nel diritto positivo, di un divieto generale ed inderogabile per gli organi di una società di ubbidire alle direttive esterne nella gestione degli affari sociali risultava contraddetta dalla disciplina del gruppo bancario, in virtù della quale gli organi stessi vengono subordinati al potere di direzione della capogruppo.

<sup>84</sup> Sul tema, VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3 Torino, 2007, p. 866. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 334, secondo il quale alla luce della disciplina dei gruppi e della legittimità dell'eterodirezione «il principio di esclusività della funzione gestoria riconosciuta in capo agli amministratori, deve però essere correttamente inteso. Esso non può cioè essere letto come principio assoluto, come regola di impenetrabilità completa della gestione della singola società da parte di elementi esterni». Per l'A., dunque, l'attività degli amministratori ben può essere conformata, indirizzata nel quadro delle linee generali di direzione strategica di gruppo con la conseguenza che «tra legittimità della direzione e coordinamento di gruppo ed esclusività della gestione non vi è contraddizione (...): l'autonomia decisionale – sotto il profilo sia del potere sia delle responsabilità – degli amministratori è confermata, ma nel

coordinamento l'obiettivo di individuare il punto di equilibrio tra il dato fattuale del governo coordinato ed unitario di più imprese ed il rispetto dell'autonomia decisionale delle singole strutture societarie aggregate<sup>85</sup>.

Lasciando, per ora, sospeso il discorso sulla relazione tra posizione di controllo esterno ed attività di direzione e coordinamento, nonché quello sulle implicazioni, in termini di responsabilità degli organi della controllante che conseguono a tale traslazione, occorre considerare che, se l'esistenza di una relazione di gruppo autorizza l'ingerenza sulle singole società che lo compongono, di un potere esterno, purché legittimamente esercitato, *a fortiori*, non può escludersi la ammissibilità di un'influenza sulla gestione, esercitata su una società quale effetto di un contratto concluso con un'altra<sup>86</sup>.

Ed, infatti, la circostanza che il "cuore" della nozione codicistica di controllo venga individuato nell'influenza dominante, consente di affermare che l'effetto di tale relazione è limitato alla mera "influenza sulla gestione", con la conseguenza che l'attività di amministrazione delle società figlie

---

quadro delle direttive programmatiche (purché legittime) di gruppo. L'esclusività della gestione è, dunque, nozione relativa, non assoluta». Siffatti principio, anche secondo TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratto di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, Studio n. 248/09, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), non opera o quantomeno deve essere radicalmente ripensato all'interno di una struttura di gruppo, dove l'attuale ordinamento societario legittima il trasferimento di funzioni e di poteri gestionali dalle società dipendenti alla società capogruppo.

<sup>85</sup> Sul punto, CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 786, secondo il quale il problema posto dalla disciplina dei gruppi «non è solo quello di prevenire e sanzionare possibili abusi a danno della controllante, ma anche e soprattutto quello di definire in positivo la rilevanza della direzione unitaria della capogruppo e di fissare i limiti entro cui la stessa è da considerarsi legittima e meritevole di tutela, con la conseguente definizione di specifici poteri ed obblighi facenti capo rispettivamente alla capogruppo ed alle società controllate».

<sup>86</sup> Sul punto, afferma VALZER, cit., p. 866, che, così come «lo statuto organizzativo e l'assetto dei poteri della e nella società di gruppo non restano insensibili all'ingerenza di un potere esterno, legittimamente esercitato, così, con argomentazione *a maiori ad minus*, non può disconoscersi che tale esercizio possa esser oggetto di una regolamentazione per contratto o per espressa opzione statutaria». Nello stesso senso, TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratto di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, cit., secondo il quale, «se in base alla disciplina legale deve ritenersi lecita l'allocazione in capo alla società cd. dominante di alcune funzioni amministrative relative alle società dipendenti, non sussistono evidentemente ostacoli giuridici a che tale risultato sia perfezionato attraverso lo strumento negoziale, finalizzato a regolamentare, nel rispetto dei richiamati principi di correttezza, il potere di eterogestione sulle società appartenenti al gruppo».

permane in capo agli amministratori di queste, istituzionalmente ed esclusivamente competenti, senza che possa individuarsi né una partecipazione diretta della controllante alla gestione della controllata né, tantomeno, una sua sostituzione agli amministratori di quest'ultima<sup>87</sup>.

Significativa è, sul punto, la circostanza che i giudici di merito siano giunti ad escludere l'obbligo degli amministratori di attenersi anche a direttive della capogruppo qualificate come vincolanti, sulla base della considerazione: per cui la loro eventuale esecuzione non spoglia l'organo amministrativo del potere – dovere di amministrare né è idonea ad escluderne la responsabilità per gli atti di gestione posti in essere in violazione dei parametri di legalità<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> La possibilità della controllante di impartire direttive strategiche e la conseguente limitazione dell'autonomia gestionale delle controllate non si pone, secondo PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in Riv. soc., 1984, pp. 414 ss., in contrasto con i principi di diritto societario, trattandosi di direttive strategiche che, per essere attuate, devono essere fatte proprie dall'organo amministrativo di queste ultime che ne assumono, perciò la paternità e la responsabilità verso soci esterni e creditori. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., pp. 46 ss. e 113 ss., afferma che la presenza di una posizione di controllo in una società non può ritenersi idonea a modificarne l'articolazione organizzativa, da tale punto di vista, differenziandosi fortemente dall'ipotesi della stipula di un contratto di dominio che, al contrario, determina un'effettiva traslazione di competenze. Nello stesso senso, CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 799, secondo il quale «altro è riconoscere (...) che una preesistente situazione di controllo rende legittimo il coordinamento e l'indirizzo unitario delle singole imprese partecipate e, quindi, legittima, nei limiti segnati dalla disciplina del conflitto di interessi, l'influenza extra assembleare della capogruppo sugli amministratori delle controllate. Altro è, invece, la stipulazione di un contratto che sottrae alla competenza istituzionale degli organi sociali le decisioni relative alla gestione della società per devolverle in via esclusiva a soggetti esterni alla compagine sociale».

<sup>88</sup> Così, Tribunale di Biella, 12 marzo 2007, in Giur. comm., 2010, p. 295, con nota di RIVARO, *Attività di direzione e coordinamento e regolamento di gruppo*, secondo il quale illuminante sarebbe, in proposito, la disciplina dettata dall'art. 2497 *ter* c.c.. Tale disposizione, infatti, «se da una parte conferma che la controllante influenza la gestione della controllata, da un'altra parte impone un particolare onere di motivazione a chi adotta per la controllata decisioni sotto l'influenza della controllante, dovendo dare conto in motivazione della valutazione fatta delle ragioni di tali decisioni e degli interessi coinvolti». Conf., Tribunale di Milano, 23 aprile 2008, in Soc., 2009, p. 78. In dottrina, GALGANO, *Art. 2497, Direzione e coordinamento di società*, in Commentario Scialoja – Branca, Bologna, 2005, p. 152 e RODORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in Soc., 2004, p. 541, secondo i quali non può essere in alcun caso esclusa l'autonomia di valutazione e decisione degli organi preposti a ciascuna singola società, cui resta affidata la gestione dell'impresa e la responsabilità di individuare i limiti oltre i quali la strategia di gruppo, divenendo incompatibile con l'interesse della società amministrata, si concretizza in

Ne consegue, dunque, che non pare sussistano ostacoli all'ammissibilità di una compressione, in tal senso intesa, della sfera di autonomia ed indipendenza degli amministratori della controllata, seppur nel rispetto del fondamentale limite dell'interesse di quest'ultima<sup>89</sup>.

La ricostruzione del sistema proposta sembra, poi, trovare conferma nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 6/03, nella quale si legge che il limite all'eterodirezione, «limite che ne riconosce la legittimità di base e tiene presente e non penalizza i legittimi interessi di chi la esercita, è apparso dovesse essere costituito dal rispetto dei valori essenziali del 'bene' partecipazione sociale, bene che la legge individua nella partecipazione

---

direttive dalle quali essi si devono distaccare per non venir meno ai doveri loro imposti, incorrendo, conseguentemente, in responsabilità.

<sup>89</sup> In tal senso si era espressa già la Cassazione con le sentenze del 13 febbraio 1992 n. 1759, cit., e del 15 giugno 2000 n. 8159, affermando il principio per cui «non esistono ostacoli di carattere giuridico a che le decisioni adottate al livello dell'organo gestorio del gruppo vengano poi attuate dalle società del gruppo. Tanto, tuttavia, a due condizioni. Le decisioni delle società in conformità alle linee direttive del gruppo, devono essere assunte formalmente dagli organi delle società collegate (assemblea o consiglio di amministrazione) competenti secondo le regole statutarie. Inoltre, l'interesse della società non deve contrastare con quello del gruppo». Secondo RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, cit., pp. 462 ss., poi, il presunto contrasto con il principio dell'autonomia gestoria delle società di capitali, tradizionalmente posto quale argomento contrario all'attribuzione a terzi del potere di interferire nella direzione, tanto nella fase dell'emanazione delle direttive, quanto in quella preliminare di raccolta delle informazioni delle imprese dominate, può essere superato sulla base dell'osservazione che il processo di formazione della volontà degli amministratori è libero e, dunque, essi hanno facoltà di tenere conto delle indicazioni ricevute dai soci di controllo. Tale osservazione, tuttavia, perde di forza in presenza di un contratto di dominio che, seppur, debole, attribuisca il carattere della vincolatività alle direttive impartite dalla controllante e renda la ricezione delle informazioni oggetto di un vero e proprio diritto della stessa. Nonostante tali considerazioni, tuttavia, per l'A. «un contratto che abbia esclusivamente per oggetto l'attribuzione di un potere di direzione ed informazione «esterno», funzionale al coordinamento di più imprese, dal momento che proprio questo scopo individua un interesse a conseguire tali poteri non necessariamente contrastante con l'interesse dell'imprenditore, è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., negli stessi termini in cui è fra l'altro espressamente valutato come meritevole di tutela il contratto di consorzio». La persistenza del vincolo dell'interesse sociale, per l'A., giunge sino al punto di neutralizzare l'argomentazione principale sulla base della quale la maggioranza della dottrina si è tradizionalmente pronunciata in senso contrario alla validità del contratto di dominio.

Va, infine, segnalato sul punto che, secondo la ricostruzione proposta dalla citata pronuncia del Tribunale di Biella, la Riforma avrebbe introdotto, quale limite legale all'attività di eterodirezione, l'art. 2497 c.c. nella parte in cui pone a fondamento della responsabilità ivi prevista il mancato rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Il superamento di siffatto limite, da valutarsi, secondo il Tribunale, con riferimento al contenuto delle singole disposizioni impartite, sarebbe fonte di responsabilità per chi le adotta e per chi le impartisce.

all'«esercizio in comune di una attività economica al fine di dividerne gli utili» (art. 2247 c.c.). Questi valori possono dunque individuarsi nei principi di continuità dell'impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale».

D'altra parte, non può negarsi che il potere di eterodirezione rappresenta l'essenza stessa della fattispecie del controllo esterno, onde escluderne *a priori* l'ammissibilità comporterebbe la generale inapplicabilità dell'art. 2359, n. 3<sup>90</sup>.

Va, tuttavia, rilevato che la limitazione del controllo esterno al mero esercizio di una influenza sulla gestione rischia di essere fuorviante ed, in ogni caso, non può essere affermata con la necessaria consapevolezza senza aver preliminarmente indagato sull'effettivo contenuto dei poteri che, generalmente, caratterizzano la posizione di controllo assunta da una società in virtù di un vincolo contrattuale.

Solo all'esito di siffatta analisi sarà, infatti, possibile comprendere la reale incidenza della volontà della controllante sulla gestione della controllata e, conseguentemente, definire i limiti, più o meno ampi, all'indipendenza dell'organo amministrativo della stessa.

Ed ancora, l'esatta determinazione della portata dei poteri e delle decisioni che la controllante deve poter influenzare perché una posizione di controllo esterno possa dirsi sorta, consente di sciogliere l'ulteriore nodo relativo alla relazione tra tale forma di dominio e l'attività di direzione e coordinamento.

---

<sup>90</sup> Sul punto, RONDINONE, *op. cit.*, pp. 457 ss., afferma che non è possibile «escludere che la prerogativa di poter decidere chi debba attendere all'esercizio dell'impresa o il potere di impartire direttive agli amministratori ed ai rappresentanti – e, conseguentemente, la titolarità della situazione di influenza dominante potenziale – siano stati trasferiti ad un altro soggetto a seguito di accordi determinati da una particolare posizione di forza contrattuale di quest'ultimo rispetto all'imprenditore». Tali accordi determinano, evidentemente il sorgere di una posizione dominante «esogena», che, tuttavia, per l'A. può legittimamente trovare la propria fonte esclusivamente in un contratto di associazione in partecipazione o in un contratto di dominio debole, in quanto nessun altro schema contrattuale consentirebbe di individuare in capo al soggetto esterno, titolare di poteri di gestione, un interesse meritevole a conseguire tali prerogative, in astratto non contrastante con quello del titolare dell'impresa.

### 3. Poteri gestori della controllante e “decisioni rilevanti”

Il problema attinente all'individuazione del grado di intensità che l'influenza esercitata su una società deve raggiungere affinché questa possa definirsi controllata si risolve nell'interpretazione dell'aggettivo «dominante»<sup>91</sup>.

Il carattere dominante dell'influenza segna, infatti, il passaggio dall'autonomia alla dipendenza o, comunque, dalla situazione in cui un soggetto è in grado di orientare singole decisioni di un altro a quella in cui esso dispone di un potere generale e stabile di indirizzo dell'altrui attività gestoria<sup>92</sup>.

Siffatta qualificazione dell'influenza dominante consente di sgombrare il campo fin da subito dalla possibile opzione in favore della tesi che lega la

---

<sup>91</sup> Secondo NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 243, il legislatore attribuisce all'aggettivo utilizzato il compito di individuare il grado dell'influenza, al di sopra del quale sorge la posizione di controllo. All'A. sembrerebbe, cioè, possibile «concepire l'influenza come un concetto graduabile in funzione della sua intensità e ritenere di conseguenza che divengano rilevanti, al fine di configurare il controllo, solo le situazioni in base alle quali l'influenza supera una certa soglia di intensità». Sul punto, SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 475, ritiene che l'individuazione di un diverso aggettivo che qualifichi l'influenza rilevante nel controllo *antitrust* ed in quello societario, comporterebbe, l'intenzione del legislatore di caratterizzare per una differente intensità la prima dalla seconda. L'A. afferma, in proposito, che «se il sostantivo “influenza” è qualificato da due aggettivi diversi, quali dominante o determinante, che nel linguaggio comune non sono perfettamente sinonimi, fino a prova contraria l'interprete ha l'obbligo di credere che la differenza sia voluta dalla legge». Gli AA. citati concordano nell'affermare che l'influenza determinante è meno intensa di quella dominante in quanto, perché si configuri la prima è sufficiente che la controllante abbia un potere potenzialmente solo negativo, che non le dà alcuna certezza di imporre positivamente la propria volontà sulla controllata, mentre è proprio in ciò che si sostanzia l'influenza dominante. Ne consegue una graduazione dell'intensità: è dominante, l'influenza caratterizzata dal potere di porre la propria volontà quale presupposto causale assoluto e positivo delle decisioni della controllata, è determinante la volontà della controllante che funge da presupposto causale assoluto, ma anche meramente negativo delle decisioni della controllata è, infine, notevole, l'influenza di chi, pur avendo un certo potere sulle decisioni della controllata, è privo di strumenti per imporre tale volontà, sia in senso positivo che meramente negativo.

<sup>92</sup> In tal senso, LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 57; PASTERIS *op. cit.*, pp. 28 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 111; LEMME, *Il governo del gruppo*, Padova, 1997, p. 134; NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 276.



relazione di controllo contrattuale ad una mera situazione di soggezione economica in cui versi la controllata nei confronti della controllante<sup>93</sup>.

Tale posizione, infatti, fonda l'individuazione di un rapporto di controllo su un requisito eccessivamente ampio e generico che finirebbe per far ritenere determinante la sola posizione di mercato di una società, con la conseguenza che «tutte le imprese che per la natura della loro attività o per la loro ubicazione o collocazione sul mercato si trovano a destinare la totalità o la maggior parte della loro produzione presso un'altra impresa, dovrebbero per ciò solo ritenersi controllate da quest'ultima»<sup>94</sup>, con conseguente applicazione della relativa, onerosa, disciplina.

La posizione di soggezione economica, invece, seppur elemento generalmente caratterizzante la fattispecie del controllo contrattuale<sup>95</sup>, non

---

<sup>93</sup> Tale tesi è sostenuta da CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 799; ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., p. 111; PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie*, Contr. impr., 1997, p. 511, il quale ritiene sufficiente che il vincolo ponga la controllata in una «posizione di necessaria subordinazione o dipendenza economica» rispetto alla controllante. Nello stesso senso, Tribunale di Milano, sentenza 28 aprile 1994, in Soc., 1995, p. 11, secondo il quale il controllo contrattuale nel nostro ordinamento può derivare solo da contratti che non hanno quale oggetto diretto il dominio di una società, ma che in fatto pongono quest'ultima in una situazione di dipendenza economica rispetto ad altra tale da condizionarne l'esistenza e la sopravvivenza. SIMONETTO, *Acquisto di azioni o quote di società controllante e loro regime*, in Giur. comm., 1974, pp. 696 ss., giunge ad affermare che ricorre una relazione di controllo esterno persino in una situazione di preminenza economica di un'impresa nei confronti di un'altra, basata su rapporti di forza esistenti solo in un dato momento storico ed in alcuni settori del mercato.

<sup>94</sup> Tribunale di Torino, sentenza 21 aprile 1986, in Fall., 1987, p. 414, con nota di SIDERI, ove si evidenzia che l'influenza così esercitata discende esclusivamente da una legge di mercato e non dal vincolo contrattuale esistente tra le società. Nello stesso senso, NOBILI – VITALE, *La riforma delle società per azioni*, cit., p. 152, secondo i quali anche un obbligo o una prassi di fornitura per il 100% dei prodotti dell'impresa, in quanto configurante un patto ordinario di esclusiva non risulta idoneo ad integrare di per sé, un sintomo di dominio contrattuale, potendo il rapporto derivare da una libera valutazione di convenienza di entrambe le parti, peraltro particolarmente frequente nella prassi commerciale.

<sup>95</sup> La posizione di predominio, come verrà meglio chiarito nel prosieguo della trattazione, trova, infatti, tendenzialmente il proprio fondamento in una situazione di prepotere economico relativo all'attività svolta dall'impresa debole. Tale soggezione, tuttavia, secondo la ricostruzione proposta da PASTERIS, *op. cit.*, pp. 31 – 38, deriva da un giudizio di convenienza economica «fra il ribellarsi all'influenza, e risentire conseguentemente un pregiudizio economico, o sottostare all'influenza stessa». Il limite massimo di sopportabilità di siffatta soggezione, pur variando in relazione all'interesse dalla controllata alla sopravvivenza del vincolo da cui il controllo deriva, va in ogni caso individuato nella «economicità della gestione» dell'impresa ad essa sottoposta.

risulta sufficiente affinché essa si concretizzi, ove non accompagnata all'effettivo esercizio, da parte della controllante, di una forza dominante sull'altrui attività sociale che si risolva nell'evidenziato potere assoluto e positivo di ingerenza e di orientamento dell'indirizzo gestionale ed operativo della società controllata<sup>96</sup>.

Non ogni potere di ingerenza è, tuttavia, sufficiente a rendere il vincolo negoziale che lo attribuisce fonte di controllo esterno, ma occorre individuare gli aspetti nodali dell'attività di un'impresa che, se interessati dalla relazione contrattuale, sono in grado di intaccare l'autonomia gestionale del contraente debole<sup>97</sup>.

Sul punto, alcuni autori ritengono sufficiente che l'influenza dominante si sostanzi, genericamente, nel trasferimento di taluni poteri direttivi sull'impresa, seppur in settori strategici<sup>98</sup>.

Nel solco di tale impostazione si colloca l'orientamento che, partendo dall'esame della disciplina degli effetti del controllo, contenuta negli artt. 2359 *bis* e ss. c.c., interpreta in modo restrittivo il concetto di influenza dominante, ritenendo tale quella sostanziatesi nella capacità della controllante tanto di impedire che la controllata assuma decisioni contrarie al proprio volere, quanto di imporre positivamente la propria volontà, con

---

<sup>96</sup> Tale orientamento è sostenuto da PASTERIS, *op. cit.*, p. 28; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 277; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 483, il quale reputa insufficiente anche una totale dipendenza economica di una società rispetto ad un'altra, in mancanza di una «soppressione o un vero condizionamento dell'autonomia della volontà della società dipendente»; ID., *Gruppi di società e gruppi di imprese*, in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, cit., p. 2204, ove critica la confusione tra controllo e mera dipendenza economica. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, p. 68, secondo il quale occorre che «gli schemi decisionali della società che si assume dipendente siano effettivamente influenzati» con la conseguenza di rendere «non libera» la stessa attività della società dipendente.

<sup>97</sup> RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 76 ss.

<sup>98</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 60; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 40, il quale evidenzia come la richiamata «natura relazionale» della nozione di controllo contrattuale consenta di attribuire rilievo a situazioni di influenza che variano dal grado più basso della mera conclusione di un contratto da cui derivi la strutturale soggezione della controllata ad un potere di direzione in settori strategici, a quello massimo risultante della verifica dell'esistenza di una completa soggezione gestionale della controllata all'influenza esterna.

esclusivo riferimento, però, alla decisione di acquisto ed alla gestione delle sue quote o azioni da parte della controllata<sup>99</sup>.

Secondo una differente impostazione, invece, poiché tutte le forme codicistiche di controllo condividono il potere di indirizzo gestionale della controllata, così come il potere sull'assemblea – di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2359 c.c. – è ritenuto sintomatico di controllo in quanto consente la nomina e la revoca degli amministratori, allo stesso modo il controllo esterno potrebbe configurarsi solo nell'analoga situazione in cui una società, in virtù del vincolo contrattuale e, dunque, senza passare per il filtro assembleare, sia in grado di nominare o revocare gli amministratori o la maggioranza degli amministratori di un'altra società<sup>100</sup>. Tale impostazione, implicitamente, riconosce quale influenza rilevante esclusivamente quella esercitata sull'intera

---

<sup>99</sup> In tal senso, SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., pp. 479 ss., secondo il quale è dominante l'influenza che si esprime e si manifesta nella decisione di investire il patrimonio sociale in partecipazioni azionarie o quote di società, eventualmente controllanti. Il legislatore, infatti, nel dettare gli artt. 2359 *bis* e ss. c.c. sarebbe stato spinto dalla principale preoccupazione di contenere il fenomeno degli intrecci azionari che siano espressione di scelte non libere degli organi sociali delle controllate. Tali considerazioni, nell'ottica di una «interpretazione unitaria» delle fattispecie disciplinate dal primo comma dell'art. 2359 c.c., sono ribadite dall'A. con specifico riferimento alla fattispecie del controllo esterno, per la cui sussistenza occorre «una soppressione o un vero condizionamento dell'autonomia della volontà della società dipendente, non genericamente nella gestione, ma nella decisione sul se comprare partecipazioni nella società dominante e come votare nelle sue assemblee. Dove non si possa configurare un potere (derivante da contratto) di imporre queste scelte, residuando la necessità di un certo consenso dei soci e degli amministratori della pretesa controllata, il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. non può sussistere». *Contra*, FRE<sup>2</sup>-SBISA', *Società per azioni*, cit., pp. 480 - 481, secondo i quali «questa rigorosa restrizione dell'ambito di applicazione dell'art. 2359, n. 3, c.c. mira dichiaratamente a parificare le diverse ipotesi di controllo di fatto, sulla base di una ricostruzione unitaria della disciplina, disancorata dal dato positivo e fondata sulla convinzione che tutte le ipotesi di controllo debbano essere riconducibili ad un'unica forma di influenza dominante».

<sup>100</sup> GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 277, afferma che i vincoli contrattuali sono tali da produrre effetti equivalenti a quelli dell'influenza dominante provocata dal controllo azionario quando esigono l'approvazione da parte della società dominante degli atti fondamentali di quella controllata o «riservano alla prima il potere di designare gli amministratori della seconda». Quanto al potere di revoca, DONATIVI, *Strumenti di corporate governance nel rapporto tra fondi di private equity e PMI*, in Banca, borsa, tit. cred., 2008, p. 217, afferma che è «intuitivo che la compiutezza del rapporto fiduciario destinato ad instaurarsi tra nominante e nominato presuppone proprio che al potere di nomina sia associato anche un potere di revoca». *Contra*, FRE<sup>2</sup>-SBISA', cit., p. 482.

attività dell'impresa controllata, per il tramite dell'organo amministrativo così nominato<sup>101</sup>.

Siffatta ipotesi ben può rappresentare il maggior grado di intensità dell'influenza esercitabile su una società<sup>102</sup>, ma la affermata elasticità della nozione conduce a non escludere *a priori* l'ammissibilità di forme di influenza che prescindano da tale controllo "globale", oscillando fino al limite minimo, raggiunto il quale non sussiste controllo, ma, al più, collegamento, dell'ingerenza che attenga a singoli e specifici aspetti dell'attività di un'altra impresa<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Siffatto orientamento è contestato da SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., pp. 465 ss., secondo il quale, ove per controllo si intendesse il potere di determinare, con una certa stabilità l'azione gestoria nella sua globalità, escludendo, conseguentemente, il rilievo dell'influenza su aspetti settoriali dell'attività d'impresa, si finirebbe con l'identificare il controllo con la direzione dell'impresa.

<sup>102</sup> MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo "contrattuale"*, Contr. imp., 1999, p. 366.

<sup>103</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 61 ss., secondo il quale la strada intrapresa dal legislatore nel disciplinare il controllo è volta ad attribuire rilevanza alle forme di influenza di tipo gestorio, anche soltanto «peculiari e settoriali» che, cioè, non necessariamente determinino una gestione accentrata integrale ed una stringente eterodeterminazione della volontà della controllata. Là dove, invece, il potere derivante dallo strumento negoziale si risolve nella possibilità di impartire alla controllata direttive di numero e qualità limitate, influenti solo su alcuni settori della gestione di quest'ultima che mantiene, pertanto, una significativa autonomia gestionale, si configura una ipotesi di «contratto di collegamento». PASTERIS *op. cit.*, pp. 29 ss., nel confermare che l'influenza dominante può oscillare tra un minimo ed un massimo, rileva come in presenza di un controllo di intensità minima la controllata possa sottrarsi o, comunque, subirne gli effetti solo in talune circostanze, mentre là dove tale controllo raggiunga l'intensità massima, la possibilità di agire in difformità dalla volontà della controllata sarà «praticamente negata». L'A. precisa, tuttavia, che giuridicamente tale possibilità non potrà mai essere del tutto esclusa in quanto l'influenza dominante, pur agendo quale motivo della formazione della volontà della controllata, non può giungere sino al punto di sostituirsi a questa, dovendo i due soggetti della relazione rimanere sempre in posizione di piena autonomia giuridica.

Nello stesso senso si è espressa la Corte di Giustizia Europea che, con sentenza del 19 maggio 2009, ha sancito che «la normativa nazionale, nella misura in cui estende il divieto di partecipazione ad una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza». La pronuncia pare confermare, dunque, che pur in presenza di una situazione qualificata come controllo debba rimanere sempre ferma la possibilità per le imprese interessate dalla relazione «di dimostrare che, nel loro caso, non sussistono reali rischi di insorgenza di pratiche atte a minacciare la trasparenza ed a falsare la concorrenza tra gli offerenti». Le «forme» e degli «obiettivi» del controllo, dunque, «non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro

Ne consegue che non esiste un unico modello di influenza sulla gestione della società potendo questa spaziare dalla semplice attività di consultazione degli organi gestori della società controllante, alla previsione di generali programmi e direttive per giungere, nelle ipotesi di maggior integrazione, all'assunzione, da parte della controllante del ruolo di "amministratore di fatto" della controllata<sup>104</sup>.

Qualunque siano le modalità di esercizio del potere di ingerenza, vanno certamente ricompresi nell'area dell'influenza dominante tutti quei poteri idonei ad influenzare l'assunzione di decisioni gestionali che possano qualificarsi come strategiche<sup>105</sup>.

Tuttavia, per poter definire con maggior nettezza i contorni dei poteri "rilevanti" occorre tener conto della circostanza, più volte evidenziata, che l'influenza dominante, seppur esercitata con modalità diverse, deve caratterizzare il controllo in ogni sua forma e manifestarsi attraverso l'esercizio di poteri di analoga intensità. Ne deriva che la condizione necessaria perché l'influenza esercitata da una parte sulle decisioni strategiche dell'altra possa assumere rilievo ai fini del controllo esterno va individuata nella idoneità di tale ingerenza a produrre effetti analoghi a quelli caratteristici delle fattispecie di controllo interno.

---

attività economiche», con ciò confermando l'ipotizzabilità di forme di controllo che non condizionino la totalità dell'attività esercitata dalla controllante.

<sup>104</sup> PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, Riv. soc., 2003, pp. 773 – 774, individua le attività descritte quali proprie della società che esercita attività di direzione e coordinamento. Tuttavia, anche alla luce delle conclusioni che verranno raggiunte in seguito, esse appaiono perfettamente coincidenti con i poteri generalmente attribuiti dal vincolo contrattuale, fonte di controllo.

<sup>105</sup> Sul punto, conclude RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 81 e ss., che non può escludersi che la relazione di controllo dia luogo a situazioni caratterizzate dalla «coesistenza di momenti di autonomia e di eterodeterminazione, nonché di decentramento e di accentrimento dei processi decisionali», con la conseguente sufficienza, ai fini della configurazione del controllo esterno, dell'incidenza della capogruppo, solo sulle funzioni aziendali centrali della controllata «restando, quindi, esclusa l'obbligatorietà di un'ingerenza nel *day by day management*». Appare, tuttavia, evidente che solo *a posteriori* sarà possibile valutare se la eterodeterminazione di una singola funzione aziendale sia sufficiente a creare una situazione di dominio riconducibile all'art. 2359 n. 3.

Stabilire dei parametri per qualificare l'influenza esercitata in virtù del vincolo contrattuale come analoga a quella derivante dal possesso azionario non è operazione semplice, ma un criterio di riferimento particolarmente utile a tal fine può essere colto nella disciplina degli effetti del controllo societario.

In particolare, con riferimento alle norme che regolano l'acquisto di azioni della controllante da parte della controllata e l'esercizio del diritto di voto degli amministratori della seconda nell'assemblea della prima, si è già avuto modo di rilevare come esse esprimano l'idea del legislatore che ogni operazione effettuata dalla controllata sulle azioni della controllante sia da considerarsi come operazione effettuata sulle proprie azioni. Ne consegue che può considerarsi significativa ai fini della nascita della posizione di controllo esterno l'influenza generata dal vincolo che pone effettivamente in pericolo l'autonomia decisionale della controllata, sino al punto da incidere sulla sua capacità di gestire liberamente le partecipazioni detenute.

Tale effetto, come appare evidente nella disciplina del controllo interno, si sostanzia in una conseguenza di mero fatto della disponibilità da parte del socio della maggioranza dei diritti di voto esercitabili in assemblea, posto che non vi è, formalmente, alcun collegamento tra la possibilità di determinare la volontà assembleare e l'assunzione delle decisioni in merito alla gestione delle partecipazioni detenute dalla società, in quanto competenza tipica degli amministratori. Il potere di influenzare la gestione delle partecipazioni è, dunque, solo indiretto ed implicitamente connesso alla posizione di controllo.

Analogamente, dunque, nella fattispecie del controllo esterno non è necessario che il vincolo consenta alla controllante, in modo immediato, di condizionare le modalità di gestione delle proprie partecipazioni eventualmente detenute dalla controllata, essendo sufficiente che l'influenza in virtù dello stesso esercitata sia di intensità tale da limitare l'autonomia

della controllata in modo tanto significativo da far presumere che anche le scelte in merito alla gestione delle partecipazioni dalla stessa detenute rimarranno travolte dall'influenza esercitata dalla controllante.

In definitiva, proprio perché la disciplina del controllo mira a scongiurare il rischio di annacquamento del capitale sociale e quello di alterazione del regolare funzionamento degli organi, evidentemente ad esso ritenuti strutturalmente connessi, tale situazione può ritenersi sorta al concretizzarsi di tali rischi.

Discorso analogo potrebbe essere svolto con riferimento agli obblighi informativi, la cui previsione è legata alla necessità di rendere nota l'esistenza di relazioni tra società tali da pregiudicare l'autonomia decisionale e da influire sul comportamento esterno di una delle parti.

Partendo da tali premesse teoriche, verrà in seguito svolto l'esame concreto e casistico dei poteri generalmente attribuiti dai vincoli contrattuali potenzialmente rilevanti ai fini del controllo e, conseguentemente, delle decisioni gestionali che, di fatto, la società controllante deve essere in grado di influenzare.

#### **4. Stabilità della posizione**

Ulteriore caratteristica, comune a tutte le forme di controllo, va individuata nella durezza e stabilità dell'influenza dominante, necessaria affinché ad essa possa attribuirsi rilevanza giuridica.

Sul punto occorre, tuttavia, considerare che, mentre il controllo interno di diritto si caratterizza per una tendenziale irreversibilità, fatta salva la volontà della controllante stessa di alienare le proprie partecipazioni, perdendo, in tal modo, la posizione di dominio, il potere derivante dalla titolarità di partecipazioni idonee ad esercitare di fatto un'influenza dominante sull'assemblea, così come quello attribuito dai particolari vincoli

contrattuali, è suscettibile di venir meno anche contro la volontà della società controllante<sup>106</sup>.

Ed, infatti, così come nella posizione di controllo interno di fatto è insita la possibilità che, in future assemblee, il controllante possa essere messo in minoranza da una coalizione di altri soci, anche nel controllo esterno la esistenza della posizione di dominio può agevolmente venir meno per effetto dello scioglimento del vincolo contrattuale, anche unilateralmente provocato dalla stessa controllata.

La potenziale modificabilità in ogni tempo costituisce, dunque, un elemento strutturale tipico di entrambe le forme di controllo di fatto, sempre ribaltabili per effetto della costituzione di nuove maggioranze assembleari o suscettibili di cessare in seguito alla decisione della controllata di recedere dal contratto.

La sola, potenziale ribaltabilità in ogni tempo del controllo di fatto non consente, tuttavia, di escluderne l'esistenza, fin quando esso persiste: per stabilità del vincolo, infatti, non deve intendersi la assoluta irreversibilità della posizione di dominio di una società sull'altra<sup>107</sup>.

A tanto consegue che, sebbene la stabilità caratterizzi tipicamente le forme di controllo fondate sulla proprietà della società e, tra queste, principalmente il controllo interno di diritto, tale elemento è compatibile e non può mancare neppure nelle relazioni di controllo di fatto, in cui il potere esercitato dalla controllante deve possedere, quale requisito minimo, la natura non meramente occasionale o transitoria<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 240, secondo il quale lo strumento attraverso il quale il controllo viene esercitato induce a valutare in maniera differente «i mezzi duraturi per loro natura», quali l'acquisto diretto o indiretto dei mezzi produttivi, da quelli «tendenzialmente temporanei o maggiormente volatili».

<sup>107</sup> In tal senso si è espressa la CONSOB nel provvedimento del 13 novembre 2003, in Riv. dir. Comm., 2004, p. 99, secondo la quale l'eccessivo rilievo attribuito alla contendibilità e potenziale modificabilità del controllo di fatto rischierebbe di sfociare in una «implicita abrogazione della fattispecie normativa».

<sup>108</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 215 ss, secondo il quale la «situazione di potere non meramente occasionale o transitorio», rappresenta il livello



## 5. Influenza effettiva o potenziale?

Una volta definite le soglie di rilevanza e le caratteristiche dell'influenza dominante nel controllo esterno, occorre comprendere se l'astratta esistenza di un vincolo contrattuale fonte di una posizione di influenza che presenti i delineati requisiti, sia sufficiente a far sorgere una relazione di controllo esterno o se, invece, a tal fine, assuma rilievo esclusivamente il suo effettivo esercizio<sup>109</sup>, premettendo sin d'ora che i caratteri peculiari della fattispecie in esame impediscono di assumere posizioni assolute, svincolate dalla valutazione del concreto contenuto della relazione nascente dal regolamento contrattuale.

In molti casi, esigenze di tutela impongono di anticipare, sulla base di una valutazione prognostica, la qualificazione della relazione tra società in termini di controllo, attribuendo rilievo a situazioni di mera potenzialità dell'esercizio dell'influenza dominante<sup>110</sup>.

Ciò è quanto accade, secondo la prevalente dottrina, nelle fattispecie di controllo interno. Tale diffusa opinione pare sostenuta dalla stessa formulazione letterale dell'art. 2359 c.c., che individua, quale presupposto del controllo interno, l'astratta disponibilità «della maggioranza dei voti» o di «voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria», con la conseguenza che, al superamento delle indicate soglie partecipative, corrisponde automaticamente l'attribuzione della posizione di controllante<sup>111</sup>.

---

minimo, da intendere in senso meramente negativo, di intensità del requisito, indispensabile ed elastico, della stabilità.

<sup>109</sup> JAEGER, *I "gruppi" tra diritto interno e prospettive comunitarie*, cit., p. 923, definisce il conflitto tra la tesi che «si accontenta della «potenzialità» e quella che esige l'«attualità» dell'influenza dominante», «il punto nodale di un *approach* al fenomeno giuridico dei gruppi».

<sup>110</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 53.

<sup>111</sup> In tal senso, ANGELICI, cit., p. 333; OLIVIERI, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 7, Torino, 1994, p. 684; LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 52; PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., p. 528, nt. 2, secondo il quale il problema del concreto esercizio dell'influenza dominante nel controllo societario si pone esclusivamente con riferimento alle ipotesi di controllo di fatto, in quanto il controllo di diritto, come risulta espressamente dalla

Meno netta e, conseguentemente, suscettibile di contrastanti interpretazioni è, invece, la previsione di cui all'art. 2359 n. 3 c.c., che definisce controllate le società che «sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa»<sup>112</sup>.

Riducendo le distanze tra le diverse forme di controllo, taluni autori attribuiscono rilievo, anche ai fini del controllo contrattuale, alla mera potenzialità dell'esercizio dell'influenza dominante, ritenendo che, al pari della astratta disponibilità della maggioranza dei voti, anche la sola stipula di un contratto possa attribuire la posizione di controllante alla società che, per effetto del vincolo, è astrattamente in grado di esercitare un'influenza dominante sulla controparte<sup>113</sup>.

L'evidenziata, differente formulazione della norma spinge, invece, altra parte della dottrina ad affermare, più convincentemente, la necessaria effettività dell'influenza dominante nel controllo esterno, ai fini del quale

---

norma, sorge in virtù della mera disponibilità della maggioranza dei voti in seno all'assemblea ordinaria.

<sup>112</sup> Secondo RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 38 - 39, infatti, proprio la particolare indeterminatezza dei confini applicativi del controllo esterno come definito dal codice civile e la circostanza che all'affermazione della sua esistenza conseguano effetti pratici non insignificanti, anche da un punto di vista finanziario, avrebbe indotto il legislatore ad omettere consapevolmente il richiamo all'art. 2359 n. 3 c.c. in settori normativi importanti come quello disciplinato dal d. lgs. 127/91 e dal d. lgs. 58/98, optando, in ciascuna sede, per la riformulazione di tale nozione.

<sup>113</sup> In tal senso, JAEGER – DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000, p. 285, secondo i quali l'influenza dominante sussiste quando esiste il potere, anche se questo non viene di fatto esercitato. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., pp. 280 - 284, sostiene che «non vi sono rilevanti dubbi sul fatto che il concetto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. si limita al potere di dominare l'altra società, senza richiedere l'effettivo esercizio di tale dominio», specificando sul punto che la potenzialità dell'influenza esclude anche la necessità di un potere certo in capo alla controllante di determinare l'attività della società controllata. L'A., tuttavia, non nega che per il controllo societario di fatto sia «perlomeno dubbio che si possa parlare di potenzialità del controllo». SCHIUMA, *op. cit.*, p. 34, senza operare alcuna distinzione tra le diverse forme di controllo, afferma che «l'art. 2359 c.c. contiene un'idea di controllo che si rivela essere il sintomo di qualcos'altro e, quindi, una nozione prognostica». Nello stesso senso, MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996, pp. 1549 ss., il quale distingue la disciplina del controllo, quale situazione di pericolo, da quella del gruppo e della direzione unitaria, quale «disciplina di danno». PASTERIS, *op. cit.*, p. 37, secondo il quale l'influenza non è un'azione, ma uno stato di soggezione che non deve necessariamente estrinsecarsi in concrete manifestazioni esteriori, quali ordini e direttive.

appare, dunque, irrilevante la mera potenzialità dell'influenza, non potendosi prescindere dal concreto esercizio dei poteri attribuiti dal vincolo contrattuale<sup>114</sup>.

Pare condivisibile, dunque, l'assunto per cui a formule normative diverse debbano corrispondere fattispecie diversamente caratterizzate.

La posizione di controllata esterna può, dunque, essere assunta esclusivamente da quella società che, di fatto, è sottoposta all'influenza dominante derivante da un vincolo contrattuale<sup>115</sup>.

Sebbene il dato normativo appaia risolutivo ai fini dell'opzione in favore della tesi appena esposta, la sua fondatezza pare ulteriormente confermata dal raffronto con le diverse definizioni di controllo esterno

---

<sup>114</sup> RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 19; FERRO – LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in Giur. Comm. 1994, I, p. 423; LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 53, il quale parla di «frantumazione strutturale e funzionale» della fattispecie del controllo nella misura in cui, nell'art. 2359 c.c., mentre il controllo di diritto risulta ricostruito facendo ricorso ad una presunzione assoluta, quello di fatto appare fondato su un'indagine diretta a verificare l'esistenza di una influenza almeno potenziale e quello esterno, infine, sembra richiedere un'indagine circa la ricorrenza di una influenza effettiva. PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., p. 528, nt. 2, afferma che tra le forme di controllo di diritto e di fatto può cogliersi una evidente differenza data dalla circostanza che, mentre nella prima ipotesi non occorre provare l'esercizio dell'influenza dominante, essendo il possesso della maggioranza di azioni indice univoco di detta influenza, il suo esercizio è elemento costitutivo del controllo di fatto.

<sup>115</sup> RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 35 ss., giustifica tale differente scelta sulla base dell'osservazione per cui, nell'ambito del controllo interno, chi dispone di voti sufficienti per orientare le decisioni degli organi deliberativi generalmente si avvale di tale potere, determinando in concreto le scelte amministrative più importanti e strategiche. Secondo l'A. il legislatore, consapevole di tale meccanismo, ritiene sufficiente subordinare l'applicazione delle norme sul controllo da partecipazione alla presenza di una situazione di dominio solo potenziale. La situazione è, invece, differente, nell'ipotesi di controllo contrattuale, in cui la mera prognosi di un'influenza legata alla posizione di dipendenza economica derivante da un contratto commerciale appare insufficiente per poter ritenere sussistente la relazione di controllo. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 20, nt. 31, per le stesse ragioni ritiene il controllo interno potenziale, inteso come mancato esercizio del diritto di voto da parte del socio di maggioranza, una «ipotesi di scuola», seppur astrattamente configurabile non esistendo, nel nostro ordinamento, alcun principio per cui il socio sia obbligato ad esercitare il proprio diritto di voto. Tuttavia, l'A. limita ulteriormente l'ipotesi del controllo potenziale alla sola fattispecie disciplinata dall'art. 2359, n. 1, c.c. sulla base della considerazione per cui, ove non venga esercitato il diritto di voto attribuito da una partecipazione di maggioranza solo relativa, «non tanto vi è controllo (meramente) potenziale, quanto piuttosto non vi è affatto influenza dominante e quindi controllo».

contenute nella legislazione speciale<sup>116</sup>, nella quale la mera potenzialità del dominio diventa sempre più irrilevante e cede il posto a forme di influenza se non necessariamente effettive, quantomeno possibili.

E' il caso della soluzione, che si colloca a metà strada tra i due opposti orientamenti, proposta dagli artt. 26 e 28 del d.lgs. 127/91, dal cui esame emerge la più netta ed inequivoca scelta di attribuire rilievo alle sole situazioni di influenza potenziale purché “possibile”<sup>117</sup>.

Preliminarmente, va evidenziata la differente formulazione dell'art. 26 il quale, escludendo dal rinvio l'ipotesi disciplinata dall'art. 2359 n. 3, riformula, ai fini dell'individuazione della c.d. area di consolidamento, la fattispecie del controllo esterno, qualificandolo come situazione in cui una società «ha il diritto, in virtù di un contratto o di altra clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante» su un'altra.

Tale definizione appare *ictu oculi* fortemente distante da quella contenuta nell'art. 2359, n. 3, c.c. che, al contrario, lega l'esistenza del controllo alla circostanza, ben diversa, che una società sia «sotto l'influenza dominante» di un'altra.

In secondo luogo, occorre considerare che il combinato disposto dei citati artt. 26 e 28, opportunamente ridefinendo la nozione di controllo esterno, non consente di prescindere dall'esame dell'effettivo assetto di poteri e dal reale gioco di forze esistenti all'interno della società, pur non

---

<sup>116</sup> Sulla essenzialità del metodo sistematico ai fini della migliore comprensione della nozione di cui all'art. 2359 c.c., SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., pp. 462 ss., secondo il quale lo studio di tale fattispecie non può prescindere dal confronto della nozione generale con quelle particolari.

<sup>117</sup> Un attento esame della nozione di controllo e di influenza dominante rilevante ai fini della disciplina del bilancio consolidato è fornita dalla CONSOB nel provvedimento del 13 novembre 2003, cit., pp. 69 ss., con il quale la Commissione, nel qualificare i rapporti partecipativi tra tre società ai fini dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato, si sofferma sulla portata potenziale o effettiva dell'influenza dominante, rilevante nella fattispecie.

giungendo a ricollegare la sussistenza della posizione di dominio al solo concreto esercizio dei diritti che da essa derivano<sup>118</sup>.

Rilievo decisivo, in proposto, è assunto, in virtù dell'art. 28 del d.lgs. 127 del 1991, dall'esistenza di «gravi e durature restrizioni»<sup>119</sup>, concretizzanti, ad esempio, nella presenza di pattuizioni parasociali o di particolari clausole statutarie<sup>120</sup>, idonee a limitare l'esercizio dell'influenza dominante sulla società e tali da impedire alla controllante di determinare le decisioni rilevanti ai fini della gestione, senza il concorso di almeno uno degli altri soci.

---

<sup>118</sup> JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, cit., p. 482, evidenzia come la nozione di controllo dettata dal d.lgs. n. 127 del 1991 ai fini dell'individuazione dell'area di consolidamento, sia la più ampia ed avanzata che il diritto italiano abbia finora conosciuto, con la conseguenza che può in essa individuarsi una figura generale di controllo applicabile salvo previsioni contrarie.

<sup>119</sup> In relazione alla fattispecie disciplinata dalle norme in tema di consolidamento possono riproporsi le conclusioni formulate da LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 69 ss., secondo il quale il legislatore, avvedutosi dell'estrema elasticità del concetto di influenza dominante, ha iniziato una «opera di esemplificazione legislativa del contenuto empirico dell'influenza dominante» da cui è derivata una «ricca tipizzazione normativa di almeno talune forme di influenza dominante dirette a facilitarne la prova». Le nozioni di controllo, dunque, secondo l'A., finiscono col diventare meri strumenti o meccanismi di agevolazione dell'influenza dominante, attraverso l'esemplificazione di situazioni implicitamente ricomprese nella definizione codicistica o mediante la previsione di ipotesi ulteriori, ma compatibili con tale definizione. La presenza di tali meccanismi di semplificazione consente, secondo l'A., all'interprete di utilizzare gli indici forniti espressamente in talune nozioni di controllo anche nel contesto di diverse nozioni che a quel medesimo indizio non fanno riferimento alcuno, «purché non si pretenda di attribuire loro forza di presunzione bensì valore di mero indizio liberamente valutabile dal giudice».

<sup>120</sup> Sul punto, SERAFINI, *La qualificazione dei rapporti di controllo ai fini dell'accertamento dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato*, in Riv. dir. comm., 2004, pp. 125 ss., evidenzia il diverso rilievo che assumono le clausole statutarie ed i patti parasociali limitativi dei poteri della controllante ai fini del superamento della presunzione di controllo. Mentre, infatti, in entrambi i casi occorrerà dimostrare che la loro esistenza è idonea a determinare lo svuotamento dei poteri della controllante, nel solo caso dei patti parasociali si renderà necessaria la prova di un elemento ulteriore: la loro concreta attuazione e l'effettivo rispetto degli stessi in un arco di tempo ritenuto significativo. Analoghe considerazioni possono essere riproposte ove il limite all'esercizio del controllo di diritto sia costituito da un vincolo contrattuale in presenza del quale, chi abbia interesse a negare l'esercizio dell'influenza dominante e, dunque, della posizione di controllo interno, dovrà dimostrare la concreta attuazione e l'effettivo esercizio dei poteri da esso derivanti. Precisa ancora GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 196, con riferimento alle clausole statutarie, che la loro presenza avrà, dunque, l'effetto di invertire l'onere probatorio, richiedendo a chi abbia interesse a dimostrare l'esistenza del controllo interno, la prova dell'esercizio dei poteri da parte della controllante, in violazione delle clausole stesse.

E' evidente come la presenza di siffatte limitazioni sia certamente idonea ad escludere l'esercizio, e la stessa l'esercitabilità, dell'influenza dominante, con la conseguenza che del tutto iniqua risulterebbe l'imputazione della posizione di controllo in capo a chi dispone dell'astratto potere di determinare la volontà della società, ma è, tuttavia, privato di ogni possibilità di esercitarlo in concreto.

In definitiva, il controllo rilevante ai fini della redazione del bilancio consolidato, è espressione di un'influenza potenziale, ma necessariamente possibile, con la conseguente irrilevanza, a tal fine, della posizione di chi, sebbene titolare dell'astratta capacità di influenzare le decisioni della controllata, si veda, di fatto, preclusa la possibilità di determinarne la volontà senza il concorso di altri soggetti.

E' evidente, tuttavia, che l'esercizio solo possibile dell'influenza dominante è cosa diversa dalla natura effettiva dell'influenza rilevante ai fini del controllo esterno: in assenza di limitazioni oggettive, infatti, nel primo caso, alcun sindacato potrà essere effettuato sulla reale influenza esercitata sulla controllata. Tale differente conclusione trova, tuttavia, conforto in un univoco e ben diverso contesto normativo.

Ulteriori indizi della fondatezza della proposta interpretazione letterale dell'art. 2359, n. 3, c.c. possono rinvenirsi nell'art. 7 della l. 287/90, in virtù del quale sussiste controllo, oltre che nei casi previsti dall'art. 2359 c.c., tra le altre ipotesi, anche in presenza di contratti «che conferiscono (...) tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza *determinante* sull'attività dell'impresa». Siffatta specificazione determina uno spostamento – verso il basso - della soglia di rilevanza dei contratti in virtù dei quali viene esercitata un'influenza determinante, tale da ricomprendere anche i vincoli idonei a conferire la mera possibilità del suo esercizio.

Alla evidente, diversa formulazione letterale della norma in tema di controllo *antitrust*<sup>121</sup>, si affianca, poi, un'ulteriore argomentazione che consente di affermarne e giustificarne il rilievo meramente potenziale: il meccanismo procedurale previsto per il controllo sulle concentrazioni, basato sull'obbligo di notifica preventiva dell'operazione<sup>122</sup>.

Da tali elementi sembra possibile desumere la diversa portata applicativa della fattispecie di controllo *antitrust* rispetto alla nozione codicistica più volte richiamata.

Anche in questo caso, tuttavia, il rilievo solo potenziale del controllo esterno di cui all'art. 7 l. 287/90, risulta attenuato dalla previsione normativa che, analogamente a quella di cui all'art. 28 d.lgs. 271/91, richiede che l'esercizio dell'influenza determinante, in considerazione delle circostanze di fatto e di diritto, risulti quantomeno possibile<sup>123</sup>.

Il confronto con tali norme consente di trarre, dunque, un doppio ordine di conclusioni.

Preliminarmente, va evidenziato che il legislatore, ove abbia inteso ammettere, anche per il controllo da vincoli contrattuali, la rilevanza di forme di influenza solo potenziali, ancorché possibili, lo ha fatto espressamente, in tal modo confermando l'assunto per cui a formule normative diverse corrispondono necessariamente fattispecie distinte.

---

<sup>121</sup> SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 490, nt. 85, ritiene decisiva la formulazione letterale delle norme ai fini dell'affermazione per cui mentre il controllo societario di fatto, in quanto frutto di un giudizio a posteriori, presuppone una influenza dominante effettivamente esercitata, nell'art. 7 l. 287/90 è sufficiente la mera potenzialità dell'influenza determinante.

<sup>122</sup> Sul punto, SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 278, evidenzia come il giudizio svolto *ex ante* dall'Autorità garante ha luogo prima ancora che il controllo venga acquisito, onde lo stesso non può essersi concretizzato in una situazione effettiva. A ciò si aggiunga che la *ratio* dello stesso controllo preventivo va individuata nell'esigenza di evitare che un eventuale divieto dell'operazione «incida con rilevanti costi per le imprese (e la società) su una situazione di fatto e di diritto già consolidatasi».

<sup>123</sup> In tal senso, NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 245 il quale fa riferimento alla definizione di influenza tratta dal dizionario della lingua italiana (Devoto – Oli), ove per influenza si intende la «possibilità effettiva di intervenire, direttamente o indirettamente, con un'azione corrispondente a caratteri ed interessi propri».

In secondo luogo, appare in tutta evidenza il tentativo di disancorare la fattispecie del controllo, in ogni sua forma, da valutazioni meramente prognostiche<sup>124</sup>, che, non tenendo in alcun conto il reale assetto di forze e l'effettiva dinamica del rapporto tra le società, condurrebbero a risultati fortemente iniqui: ove, infatti, si forzasse il dato normativo riconoscendo la rilevanza della mera stipula di un contratto potenzialmente attributivo di una posizione di controllo, si opererebbe un ingiustificato ampliamento della fattispecie, non privo di rilevanza pratica per i soggetti della relazione.

Alla qualificazione del rapporto *inter partes* in termini di controllo segue, infatti, l'applicazione della stringente disciplina dettata dagli artt. 2359 *bis* e ss. c.c.<sup>125</sup>, con la conseguente assunzione per le parti di significativi obblighi informativi ed oneri economici, non giustificati né giustificabili, in una situazione in cui alcuna influenza è di fatto esercitata<sup>126</sup>.

Al contrario, solo quale conseguenza dell'esercizio effettivo dell'influenza dominante e, dunque, della concreta ingerenza della controllante nella gestione della controllata, legittima e rispondente alle esigenze di tutela che ne hanno dettato l'introduzione, risulterebbe

---

<sup>124</sup> LAMANDINI, *Qualche spunto esegetico sulla nozione di 'controllo' ai fini del consolidamento integrale*, cit., p. 1464, con riferimento all'art. 28 del d.lgs. 127/91, afferma che la norma «nella sostanza evidenzia una forte tendenza a neutralizzare le presunzioni assolute, su base di prognosi potenziale, di controllo».

<sup>125</sup> Va, tuttavia, ricordato che, a prescindere dal carattere effettivo o potenziale dell'influenza, PAVONE LA ROSA, *Disciplina del "controllo" e dei "gruppi"*, cit., pp. 586 - 611, nt. 6, ritiene eccessiva l'integrale applicazione dell'art. 2359 *bis* c.c. in caso di controllo esterno. Nello stesso senso, CANDI, *Le partecipazioni reciproche dopo la riforma*, cit., p. 98; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 278; SCHIUMA, *op. cit.*, p. 118; PASTERIS, *op. cit.*, p. 183, nt. I - 196. Seppur la *ratio legis* dell'art. 2359 *bis*, co. 1, c.c. indurrebbe ad escludere la sua applicazione al controllo contrattuale, secondo NOBILI - VITALE, *op. cit.*, p. 154, invece, la formulazione letterale dell'art. 2359 c.c. non sembra consentire interpretazioni restrittive.

<sup>126</sup> In tal senso, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 37, secondo il quale il riferimento a mere situazioni prognostiche di influenza determinerebbe un inopportuno ampliamento dell'ambito applicativo della figura. Il controllante contrattuale verrebbe, infatti, investito dell'obbligo di rispettare le norme di prevenzione di rischi o di abusi e di trasparenza, «obbligo non indifferente pure sotto il profilo degli oneri economici conseguenti sol che si considerino l'entità e la tipologia degli adempimenti da effettuare, nonché le evidenti ricadute sul versante organizzativo e strutturale dei soggetti interessati».



l'applicazione delle norme a garanzia della sincerità delle assemblee e della trasparenza degli assetti societari.

Va, infine, considerato che all'arretramento dell'ambito applicativo del controllo esterno a situazioni di mera potenzialità conseguirebbero ulteriori e significative implicazioni in termini di certezza del diritto.

Ed invero, mentre la posizione di ciascun socio all'interno della società si palesa per effetto della pubblicità legata a tale *status*, a prescindere dal concreto esercizio dei diritti ad esso collegati, l'esistenza di una posizione di controllo derivante da vincoli contrattuali non è ricollegabile ad alcun indice formale, onde l'unica manifestazione esterna di tale posizione non può che coincidere con l'esercizio delle prerogative da essa derivanti<sup>127</sup>.

A tanto consegue che, accanto all'inequivoca disposizione normativa, esigenze di certezza dei rapporti giuridici impongono di ricollegare al possesso di una partecipazione di maggioranza o comunque rilevante ex art. 2359 n. 2 la posizione di controllo e la conseguente disciplina, indipendentemente dalla circostanza che il suo titolare spontaneamente decida di non avvalersene<sup>128</sup>.

Le medesime esigenze conducono, per converso, a ricollegare la posizione di controllo contrattuale alla prima manifestazione esterna della sua esistenza: l'effettivo esercizio dei poteri attribuiti dal vincolo.

Come anticipato, tuttavia, tali conclusioni necessitano di essere verificate alla luce delle risultanze dell'analisi dei particolari vincoli contrattuali, anche al fine di valutarne la compatibilità con la disciplina che alla relazione di controllo è collegata.

---

<sup>127</sup> Sul punto, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 38, ritiene tale conclusione giustificata dalla circostanza che, mentre è garantita la conoscibilità da parte dei terzi degli assetti proprietari della società, l'avvenuta conclusione di contratti commerciali potenzialmente rilevanti ai fini del controllo è generalmente caratterizzata da «un marcato grado di riservatezza».

<sup>128</sup> SERAFINI, cit., p. 130.

## 6. Le interferenze tra controllo esterno ed interno: il cd. controllo plurimo disgiunto

L'attribuzione di una necessaria connotazione effettiva all'influenza dominante nel controllo esterno, differentemente dal suo carattere meramente potenziale nel dominio interno, comporta evidenti implicazioni pratiche in termini di prova dell'esistenza della posizione di controllo<sup>129</sup> ed assume particolare rilievo ai fini della soluzione del problema relativo alla ipotizzabilità di un cumulo tra le sue diverse forme.

L'art. 2359 c.c. non fornisce sul punto alcuna indicazione, limitandosi a dettare dei criteri volti all'individuazione delle fonti delle diverse posizioni di dominio<sup>130</sup>, apparentemente configurate quali fattispecie «autonome ed alternative»<sup>131</sup>.

La previsione normativa, tuttavia, nell'attribuire alla società che dispone della maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria della controllata la posizione di sua controllante interna, differentemente dalle norme esaminate in tema di bilancio consolidato, non subordina l'acquisto di tale ruolo all'assenza di ulteriori situazioni di eterodirezione della stessa controllata.

Tale circostanza impedisce di escludere che possano configurarsi contemporaneamente ed in capo a soggetti diversi le condizioni per l'esistenza di una posizione di controllo esterno ed interno<sup>132</sup>, circostanza che si verifica, ad esempio, là dove una società detenga una partecipazione maggioritaria - ai sensi dell'art 2359, co. 1, n. 1 c.c. - in una società sottoposta al controllo contrattuale di una terza società.

---

<sup>129</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 69.

<sup>130</sup> LAMANDINI, *Artt. 2359 - 2359 quinquies*, cit., p. 397.

<sup>131</sup> RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 115

<sup>132</sup> Qualifica tale fattispecie come «controllo plurimo eterogeneo», RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 115 e ss., il quale ritiene che il controllo mediante partecipazione e quello contrattuale rappresentino «due vettori autonomi di influenza dominante», non necessariamente alternativi. A tanto consegue, per l'A., la possibilità di una contemporanea sussistenza, in capo a soggetti diversi, delle condizioni idonee a far sorgere una relazione di controllo interno e una di controllo esterno.

Analoga è, poi, la situazione in cui una società controlla contrattualmente un'altra, a sua volta controllante internamente una terza società. In tal caso, infatti, il controllo esterno esercitato sulla società intermedia si propagherà alla società a valle con la conseguente sussistenza, in capo a quest'ultima, di una relazione di controllo interno intercorrente con la società intermedia ed una di controllo esterno, indiretto, intercorrente con la prima controllante<sup>133</sup>.

In entrambe le ipotesi, sulla base delle considerazioni svolte, il controllo esterno, purché effettivamente esercitato, potrà coesistere con una situazione di controllo interno, anche solo potenziale.

Potrebbe, infatti, verificarsi l'ipotesi in cui al socio di maggioranza venga, di fatto, precluso il potere di assumere le decisioni di competenza dell'assemblea ordinaria<sup>134</sup>, quanto meno nella misura in cui esse coincidano con quelle che la controllante esterna ha il potere di influenzare.

Del pari, non può escludersi l'eventualità, peraltro non remota, in conseguenza del diverso ambito oggettivo delle due forme di controllo, che in capo al socio di maggioranza permanga il potere deliberativo e, dunque, la possibilità di determinare la volontà assembleare, mentre in capo alla controllante esterna sussista il potere di influenzare l'organo amministrativo e, conseguentemente, le decisioni di sua competenza, rientranti nell'oggetto del vincolo.

---

<sup>133</sup> FIGA<sup>7</sup> – TALAMANCA, *Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società*, cit., p. 337, nt. 22, propone in proposito, una distinzione convenzionale tra «controllo indiretto», limitato alla fattispecie di frazionamento, in cui il controllo non si realizza in capo alla società intermedia, bensì in capo alla sola controllante mediante il cumulo della disponibilità di partecipazioni singolarmente inidonee ad attribuire il controllo e «controllo mediato», relativo all'ipotesi in cui la fattispecie si realizza in capo alla società intermedia per poi propagarsi transitivamente alla sua controllante.

<sup>134</sup> LAMANDINI, *Artt. 2359 - 2359 quinquies*, cit., p. 396, secondo il quale il controllo plurimo disgiunto rileva con riferimento alle ipotesi in cui la detenzione della partecipazione azionaria di maggioranza, assoluta o relativa, non si accompagna né all'effettivo esercizio dell'influenza dominante né alla semplice titolarità potenziale del relativo potere e tanto in conseguenza della stabile eterodirezione della società partecipata da parte di soci o terzi, in virtù di contratti di dominio cd. deboli che attribuiscono a soggetti diversi dal titolare della partecipazione di maggioranza il potere di direzione e coordinamento.

L'ammissibilità del controllo plurimo disgiunto presuppone, tuttavia, la qualificazione della previsione di cui all'art. 2359, nn. 1 e 2, c.c. come precetto a carattere imperativo<sup>135</sup>, che riconnette alla sussistenza delle condizioni individuate dalla norma l'attribuzione della relativa posizione di dominio interno, indipendentemente dall'accertamento in concreto del suo effettivo esercizio o della sua potenziale esercitabilità<sup>136</sup>.

Chi abbia, invece, interesse a dimostrare l'esistenza della relazione di controllo esterno, per le considerazioni innanzi svolte, oltre a dover necessariamente provare che l'influenza derivante dal vincolo sia dotata dei necessari requisiti di rilevanza, intensità e stabilità dovrà, altresì, dimostrare il concreto esercizio dei poteri contrattualmente attribuiti alla controllata.

Lungi dal rimanere questione meramente teorica, l'esatta determinazione della posizione assunta da ciascuna delle società coinvolte nella relazione di controllo e l'attribuzione dei ruoli di controllante e controllata assume rilievo pratico in termini di disciplina, incidendo sull'individuazione dei soggetti rispetto ai quali l'acquisto di partecipazioni può provocare l'inquinamento degli organi sociali o, eventualmente,

---

<sup>135</sup> La tesi della natura di presunzione assoluta della disposizione contenuta al n. 1 dell'art. 2359 c.c. è pressoché unanime in dottrina: CANDI, cit., p. 63; ANGELICI, cit., p. 333; LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 52; NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 338; FIGA' – TALAMANCA, cit., p. 338. LAMANDINI, *Artt. 2359 - 2359 quinquies*, cit., pp. 398 ss., ricollega il carattere imperativo della norma alla sua natura definitoria nonché all'uso dell'espressione «sono considerate» nel primo comma dell'art. 2359 c.c., cui si contrappone l'espressione «si presume», utilizzata nell'ultima parte dell'ultimo comma della norma.

<sup>136</sup> A voler ragionare diversamente, dovrebbe leggersi nelle fattispecie delineate dall'art. 2359 c.c. una mera presunzione relativa di controllo con la conseguenza che, in presenza di una pluralità di potenziali controllanti, tale ruolo potrebbe essere attribuito esclusivamente alla società che in concreto risulti esercitare il relativo potere. Ne conseguirebbe che, ad esempio, nell'ipotizzata situazione di controllo mediato, ove risultasse che le decisioni orientate dalla controllante interna fossero a loro volta espressione dell'influenza dominante derivante dal vincolo su cui si fonda il controllo esterno su di essa esercitato, la relazione di controllo intercorrerebbe esclusivamente tra controllante in via contrattuale e società terza, per il tramite dei voti espressi, per conto della prima, dalla società intermedia. Tale interpretazione troverebbe conforto nella previsione dell'ultima parte del secondo comma dell'art. 2359 c.c.

l'annacquamento del capitale<sup>137</sup> ed ai quali risultano, conseguentemente, applicabili i limiti normativi.

## 7. Influenza dominante e attività di direzione e coordinamento

Il controllo è certamente elemento essenziale e caratteristico del gruppo<sup>138</sup>, presupposto e strumento della sua formazione, cementando il fenomeno dell'unione o aggregazione tra imprese<sup>139</sup>, ma è da condividere l'opinione tendente ad escludere che i due istituti debbano coincidere<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> FIGA' – TALAMANCA, cit., p. 335.

<sup>138</sup> Il legislatore, nel novellare il Capo IX, ha effettuato una chiara scelta metodologica, quella di «non inseguire una definizione teorica del gruppo, ma di prendere atto di una realtà socio – economica, cioè dell'esistenza di società che esercitano attività di direzione e coordinamento, rispetto ad altre società», così VIETTI, *L'attività di direzione e coordinamento di società*, in Rass. giur. energia elett., 2004, p. 717. Differentemente la legge tedesca – all'art. 18 AKTG - fornisce una nozione di gruppo espressamente fondata sulla direzione unitaria che l'impresa dominante esercita sulle imprese dipendenti o alla quale si assoggettano liberamente più imprese indipendenti.

<sup>139</sup> SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., pp. 6 ss., alla luce del quadro normativo precedente alla riforma, in assenza di una definizione positiva di gruppo, proponeva un'analisi scientifica della fattispecie individuando quale criterio di indagine ed identificazione il rapporto di controllo. L'A. richiamava sul punto la Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, che, in sede di commento all'art. 2359 c.c., adopera l'espressione «gruppi di società» per indicare il «raggruppamento di varie società intorno ad una che le controlla» nonché la copiosa legislazione speciale in tema di gruppi che alla fattispecie del controllo ed, in particolare, alla nozione di cui all'art. 2359 c.c. fa generalmente rinvio.

<sup>140</sup> FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del convegno svoltosi a Bellagio il 19-20 giugno 1981, Milano, 1982, p. 72, secondo il quale «anche se non vi è una coincidenza tra i concetti di controllo e di gruppo, indubbiamente tra gli stessi, almeno nella normalità delle ipotesi, una correlazione c'è e la portata di questa correlazione appunto si tratta di determinare». Nello stesso senso, MINERVINI, cit., p. 1566, secondo il quale, sebbene sussista una connessione evidente del fenomeno del gruppo con quello del controllo, sarebbe un'eccessiva semplificazione ritenere che le due espressioni siano «mezzo di qualificazione di uno stesso fenomeno». COTTINO, *Diritto Commerciale*, Padova, 1994, p. 640, afferma che ogni gruppo presuppone una posizione di controllo che consenta il coordinamento dell'azione, ma non ogni posizione di controllo sfocia necessariamente in un fenomeno di gruppo. Secondo PAVONE LA ROSA, *“Controllo e gruppo” nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in Dir. fall., 1985, p. 14, la presenza di posizioni di controllo è necessaria, ma non sufficiente per l'esistenza di un gruppo di imprese: controllo e gruppo sono, per l'A., fenomeni complementari, ma sostanzialmente diversi. Controllo societario e gruppo sono «fenomeni concettualmente distinti e non necessariamente coincidenti» anche per CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 789, secondo il quale vi possono essere situazioni di controllo che non danno luogo a rapporti di gruppo, mancando unità di direzione economica della capogruppo, così come vi possono essere gruppi che non derivano da relazioni di controllo. Per l'A., «è altrettanto incontestabile, però, che il rapporto di controllo tenda normalmente a risolversi in un rapporto di gruppo e che, perciò, la disciplina dettata per le società controllanti e controllate configura, sia pur in

Sul punto appare, infatti, necessario distinguere l'ipotesi in cui un soggetto, titolare di una posizione di controllo, si limiti ad esercitare i diritti da questa derivanti, da quella più complessa in cui la controllante esercita professionalmente e con metodo economico un'attività di governo e coordinamento delle società controllate<sup>141</sup>.

Significativa, in proposito, è la circostanza che il legislatore della riforma, rinunciando ad introdurre una generale definizione di gruppo e senza fare mai ad esso alcun espresso riferimento, si sia limitato a disciplinare il fenomeno dell'attività di direzione e coordinamento, quale dato fattuale che ne caratterizza la struttura organizzativa<sup>142</sup>.

---

modo mediato e riflesso, anche una disciplina dei gruppi». Secondo, SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 6, non può, inoltre, escludersi che per gruppo si intenda una fattispecie di collegamento o associazione tra imprese che non presupponga affatto il controllo dell'una sull'altra.

<sup>141</sup> In tal senso, Tribunale di Biella, cit., p. 292. In dottrina, afferma ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., p. 1137, che «il controllo è spesso considerato il parametro necessario e sufficiente, oppure l'elemento di presunzione più o meno forte, relativa o assoluta, per individuare l'esistenza del gruppo. Ma si tratta di concezioni rozze e disordinate, poiché pretendono di adottare i concetti elaborati dal diritto societario per trasporli alla disciplina dell'impresa, alla quale appartengono i gruppi». Il tema della relazione tra controllo e gruppo è affrontato, con ampi riferimenti bibliografici, da RONDINONE, *op. cit.*, pp. 122 ss., il quale ricostruisce i due principali e contrapposti orientamenti formati sul punto. Secondo una prima, minoritaria, corrente vi è coincidenza tra controllo e gruppo: il controllo, in quanto espressione di una presunzione assoluta di influenza dominante, è considerato elemento tipizzante la fattispecie del gruppo, con conseguente irrilevanza, a tal fine, della direzione unitaria (Galvano). Al contrario, la corrente prevalente considera l'influenza dominante quale nucleo caratterizzante ogni forma di controllo e la direzione unitaria quale elemento tipico del fenomeno del gruppo. All'interno di tale orientamento, tuttavia, l'A. individua l'esistenza di differenti definizioni del contenuto concreto della direzione unitaria: secondo un primo indirizzo quest'ultima coincide con l'esercizio effettivo del potere relativo ad ipotesi potenziali di controllo (Jaeger); secondo altra corrente, invece, il gruppo implica un tipo di collegamento più caratterizzato del mero esercizio concreto dell'influenza dominante, sicché non si ha gruppo sino a quando l'ingerenza nella gestione sociale da parte della controllante si limita a quella consentita dalla posizione di controllo, senza che vi sia accentramento presso gli organi gestori della controllante o di società intermedie di compiti direttivi o funzioni amministrative inerenti le diverse unità aggregate (Pavone La Rosa). Un'ultima corrente, infine, definisce il gruppo come un fenomeno di aggregazione di imprese per la realizzazione di un programma economico comune e diverso da quello realizzabile attraverso le singole imprese, così individuando quale elemento caratterizzante il gruppo il perseguimento di un fine ulteriore rispetto a quello delle singole imprese che vi appartengono (Ferri).

<sup>142</sup> NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, in Riv. Dir. comm., 2003, p. 374.

Nonostante il legislatore non abbia inteso fornire alcuna definizione neppure della stessa attività di direzione e coordinamento né abbia individuato i suoi elementi identificativi, privilegiando la regolamentazione della fattispecie<sup>143</sup>, pare possibile affermare che la sua configurazione sia legata all'esercizio da parte della capogruppo di un'attività di «pianificazione, coordinamento ed indirizzo»<sup>144</sup> delle imprese gestite dalle società controllate, finalizzata al conseguimento di determinati risultati comuni.

Già partendo da tale approssimativa definizione sembra possibile affermare che, ai soli fini della produzione di effetti ulteriori rispetto all'applicazione della disciplina del controllo, sia richiesta la prova della circostanza che più società legate da tale relazione abbiano agito secondo una logica di gruppo, ossia secondo una direzione unitaria<sup>145</sup>.

Ed, infatti, anche alla luce della riforma introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003, pare sostenibile la tesi per cui il legame di controllo esistente tra le

---

<sup>143</sup> La *ratio* dell'intervento di riforma è chiarita nella Relazione ministeriale al d.lgs. 6/03 ove si legge: «si è ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata. Per dare corretta impostazione e soluzione a questi problemi di responsabilità occorre porre a base della disciplina il 'fatto' dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento da parte di un diverso soggetto, sia esso una società o un ente, e la circostanza che l'azione fosse comunque riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui, sebbene svolto in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Si è, altresì ritenuto che l'esercizio di una tale attività sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri».

<sup>144</sup> SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., pp. 28 ss.; JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, cit., p. 1432.

<sup>145</sup> La direzione unitaria, secondo SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., pp. 28 ss., si configura quale particolare «formula organizzativa» dei rapporti fra controllante e società controllate, «come un modo peculiare di atteggiarsi e di organizzarsi del rapporto di controllo». Tuttavia, per l'A., nel contesto normativo *ante*-riforma, essa assume una valenza operativa alquanto limitata, come è confermato dalle modalità con le quali a tale concetto si fa riferimento nelle norme in tema di gruppo, presenti in altri ordinamenti quale, ad esempio, quello tedesco ove alla direzione unitaria viene attribuito il ruolo di elemento costitutivo della nozione di *Konzern*, la cui individuazione è, tuttavia, agevolata da una presunzione che consente l'identificazione della fattispecie, indipendente dalla prova della ricorrenza in concreto della direzione unitaria: il rapporto di controllo tra le società. PISONI, *Gruppi aziendali e bilanci di gruppo*, Milano, 1983, p. 36, nel ribadire l'irrilevanza del solo controllo perché un'impresa possa essere considerata di gruppo, afferma la necessità che «l'insieme formato dall'impresa controllante e da una o più imprese controllate dalla prima sia sottoposto alla direzione unica dell'impresa dominante».

imprese assuma rilevanza giuridica indipendentemente dalla prova della direzione unitaria, alla cui effettiva esistenza possono essere ricondotti solo effetti giuridici ulteriori<sup>146</sup>.

Rilievo decisivo, in proposito, va attribuito al disposto dell'art. 2497 *sexies* c.c. il quale, nel presumere salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società che comunque controlla ai sensi dell'art 2359 c.c., implicitamente assume che la situazione di dominio possa esistere indipendentemente dall'esercizio di siffatta attività<sup>147</sup>: non avrebbe, infatti, alcun senso porre una presunzione solo relativa di

---

<sup>146</sup> La scelta normativa sembra, dunque, orientata verso il recepimento della tesi che individua quale fondamento del controllo l'influenza dominante, mentre qualifica nucleo essenziale del gruppo l'attività di direzione.

<sup>147</sup> Sul tema, MONTALENTI, cit., p. 320, secondo il quale se è vero che «dalla presenza del controllo può inferirsi la sussistenza della direzione unitaria, è anche vero, però che trattandosi di presunzione *juris tantum*, può essere fornita la prova contraria, la quale non può che consistere, appunto, nella dimostrazione che, pur in presenza del controllo, non sussistono, tuttavia, ulteriori elementi tali da poter affermare l'esistenza anche della direzione unitaria». Nello stesso senso, NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, cit., p. 993, il quale dà risposta affermativa all'interrogativo se sia possibile vincere la presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c., evidenziando l'indubbia natura di presunzione *iuris tantum* della norma: la formulazione letterale dell'art. 2497 *sexies* c.c. consente, infatti, di escludere l'esercizio del potere di direzione e coordinamento da parte di chi versa in una delle situazioni ivi indicate quali suoi indici presuntivi. Pertanto, per l'A., «si potranno astrattamente considerare sia l'ipotesi in cui, pur ricorrendo la fattispecie del consolidamento o del controllo, si possa fornire la prova – contraria, appunto – del mancato esercizio del potere di direzione e coordinamento, che quella dove – almeno in teoria appunto – si potrebbe anche dar prova dell'effettivo esercizio dello stesso potere pur in mancanza del controllo ex art. 2359 c.c., ma ciò, di fatto, non potrà avvenire se non in casi limite».

Sul punto, in giurisprudenza, il TAR Lazio, con sentenza n. 1215 del 30 gennaio 2010, si è pronunciato, tra l'altro, sulla possibilità di affermare la sussistenza di una posizione di controllo esterno di un Istituto di Credito su una società, fondata sull'esistenza, tra essi, di contratti di finanziamento di rilevante valore e sulla circostanza che esponenti di vertice e membri del Consiglio di Amministrazione della Cassa fossero membri dell'organo amministrativo della presunta controllata, in mancanza, tuttavia, dell'esercizio da parte della prima di un'attività di direzione e coordinamento sulla seconda. Il TAR, pronunciandosi sul punto, ha affermato che «l'equiparazione tra controllo ed attività di coordinamento e di direzione dedotta sulla base del richiamo dell'art. 2497 *sexies*, non esclude a priori che ci possa essere anche una forma di controllo in assenza delle suddette attività, atteso che la suddetta norma riguarda unicamente l'applicabilità della disciplina prevista dalle altre norme del capo IX».



esercizio di direzione e coordinamento in presenza di controllo, ove tale attività coincidesse con l'esercizio dell'influenza dominante<sup>148</sup>.

Ciò che il legislatore si è, dunque, limitato a prevedere è la presunzione che una società controllante avvalendosi della propria posizione di supremazia, derivante dalla partecipazione detenuta o da particolari vincoli contrattuali, influisca sulla condotta delle società controllate, impartendo direttive agli amministratori delle stesse, i quali, pur formalmente legittimati a disattenderle, di fatto le eseguiranno. Non può, tuttavia, negarsi che la norma, così come formulata, consenta di provare che, nonostante la posizione di dominio, la controllante non abbia esercitato sulle controllate alcuna attività di direzione e coordinamento<sup>149</sup>.

Sembra, dunque, che la direzione unitaria debba intendersi come un legame più intenso e pregnante di quello caratterizzante la relazione di controllo<sup>150</sup>, che giustifica l'applicazione del rigido regime di responsabilità previsto dall'art. 2497 c.c. per le società che esercitano attività di direzione e coordinamento.

Ove si accolga tale impostazione, può da subito affermarsi l'inidoneità a spiegare il rapporto tra gli istituti in esame della tesi che considera l'attività di direzione e coordinamento come mero esercizio effettivo del controllo<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> In tale senso, DAL SOGLIO, *Artt. 2497 sexies - 2497 septies*, cit., p. 2432, secondo il quale «la coincidenza tra i due concetti renderebbe irragionevole pensare a una prova contraria: se cadesse l'uno dovrebbe cadere anche l'altro, che è sinonimo».

<sup>149</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 193.

<sup>150</sup> FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., p. 78, aderendo al principio contrattualistico, suppone che tra impresa controllante e controllata sia stipulato un apposito contratto diretto a creare quella «sovrastuttura organizzativa» nella quale l'A. identifica il legame di gruppo. Nello stesso senso, CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo fra imprese*, in Riv. dir. comm., 1983, p. 257 ss., il quale ravvisa nel gruppo una «sovrastuttura organizzativa con funzioni direzionali», facente capo ad una nuova entità. L'A. sottolinea la diversa intensità dell'azione della capogruppo, legittimata all'esercizio di poteri e facoltà di cui le singole entità del gruppo, ivi compresa la controllante, non godrebbero.

<sup>151</sup> Sostenuta da JAEGER, *I "gruppi" tra diritto interno e prospettive comunitarie*, cit., pp. 921 – 922, il quale, alla luce delle norme contenute nella proposta di VII Direttiva CEE, affermava che nella disciplina degli artt. 2359 e 2359 bis c.c. il rapporto di controllo di una società sull'altra, inteso come situazione potenziale di esercizio di influenza dominante è sufficiente per far scattare i divieti previsti dal secondo articolo, mentre la situazione solo potenziale di controllo funziona come presunzione relativa dell'esistenza di un gruppo con la conseguenza che essa

Tale tesi, alla luce di quanto rilevato sulla natura potenziale o effettiva dell'influenza dominante nel controllo esterno, riducendo le segnalate differenze strutturali tra tale fattispecie e quella dell'attività di direzione e coordinamento, condurrebbe ad una loro sostanziale identificazione, là dove si affermasse la natura necessariamente effettiva di tale forma di dominio; al contrario, ove si attribuisse rilevanza al solo controllo potenziale, farebbe conseguire all'effettivo esercizio dei poteri da esso derivanti, in modo automatico, l'applicazione della disciplina dettata dagli artt. 2497 e ss. c.c.<sup>152</sup>.

A ben guardare, invece, la fattispecie del controllo, oltre che dal punto di vista della potenzialità – effettività dell'influenza dominante da cui esso si origina, differisce da quella dell'attività di direzione e coordinamento anche da un punto di vista “qualitativo”: appare, infatti, verosimile la situazione in cui la controllante abbia il potere di imporre la propria volontà in senso

---

può essere superata «ove si dimostri che l'impresa controllante non esercita effettivamente la sua influenza dominante in modo che l'insieme di tali imprese si trovi sottoposta alla direzione unica dell'impresa controllata». Nello stesso senso, COLOMBO, *Informazione societaria e gruppi di società*, in AA.VV., *L'informazione societaria*, Milano, 1981, pp. 669 ss.; FERRO-LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica, 1993, p. 16, i quali, nel distinguere tra «posizione» ed «attività», definiscono la posizione di controllo come mera potenzialità, da accertarsi, però, in concreto, indipendentemente da ogni effettivo esercizio dei poteri che da quella posizione derivano. Al contrario, con il concetto di «attività» intendono la conseguente direzione da parte della società in posizione di controllo, implicante il concretizzarsi di quanto si può legittimamente fare in virtù della posizione di controllo stessa. Secondo PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, p. 40, nt. 11, occorre distinguere il controllo, «quale situazione normativamente definita che indica solo la potenzialità dell'esercizio dell'attività» di direzione e coordinamento, dall'influenza dominante, che con tale attività coincide in quanto manifestazione della funzione svolta dalla capogruppo di guida e coordinamento dei comportamenti delle imprese controllate, al fine di renderli coerenti con le finalità istituzionali del gruppo stesso.

<sup>152</sup> PAVONE LA ROSA, “Controllo e gruppo” nella fenomenologia dei collegamenti societari, cit., p. 19, afferma che la differenza tra il fenomeno del gruppo e quello del controllo non è di semplice «progressione», non potendo essere descritta in termini di potenzialità ed effettività dell'esercizio dell'influenza dominante. Secondo l'A. «non diversamente dal vincolo di “gruppo”, anche il “controllo” presuppone l'esistenza di poteri di ingerenza nella “gestione” di una società; e non vi sono ragioni plausibili per ritenere che la legge abbia regolato tale ultimo fenomeno muovendo dal presupposto che la controllante non si avvalga dei poteri ad essa spettanti o che il concreto esercizio dei poteri stessi sia comunque irrilevante per la disciplina del controllo». L'A. giunge, dunque, alla conclusione che le differenze tipologiche tra i due fenomeni non possono essere colte né spiegate in tale prospettiva, ma «solo avendo presente che il gruppo presuppone un tipo di collegamento qualitativamente diverso dal controllo, potendo di gruppo parlarsi solo quando l'ingerenza assume forme diverse e più incisive di quella esplicabile in una ordinaria situazione di controllo».

positivo sulla controllata, sì da essere certa che ne consegua un corrispondente comportamento di quest'ultima, pur non essendo necessario che, di fatto, essa ne assuma la direzione<sup>153</sup>.

E' questo il caso del socio di maggioranza al quale non può essere negata la possibilità di dimostrare il mancato esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, pur nell'ipotesi in cui egli abbia espresso il proprio voto<sup>154</sup>, determinando così la volontà sociale.

Da tale angolo visuale, infatti, alla distinzione tra la fattispecie del controllo e quella dell'attività di direzione e coordinamento consegue la previsione di effetti differenti nel caso in cui il voto della controllante interna sia espressione di un interesse in conflitto con quello della società controllata: nel caso, infatti, in cui essa detenga una mera posizione di controllo l'espressione del voto, determinante, cui consegue l'adozione di una delibera pregiudizievole per la società, sarà causa di annullabilità della

---

<sup>153</sup> In tal senso, NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., p. 269. LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 66 ss., partendo dall'assunto per cui l'influenza dominante non coincide in ogni caso con la fattispecie di direzione unitaria, «ossia di stringente gestione accentrata da parte della controllante», sottolinea come il controllo e l'influenza dominante, in virtù della loro caratteristica elasticità, non si spingano necessariamente fino a forme di gestione accentrata «a tutto tondo» e di stringente eterodeterminazione della volontà della controllata, ben potendo manifestarsi in forme di più basso profilo, ma pur sempre compatibili con l'esistenza del controllo. Conseguenza di tale affermazione è, per l'A., che, mentre la circostanza che, ad esempio, la controllante abbia il potere di nominare e revocare gli amministratori della controllata ed eserciti di fatto tale potere, integra l'ipotesi di influenza dominante, esula da tale fattispecie l'ulteriore potere della controllante di esercitare una gestione accentrata della società controllata, imponendo, per il tramite dell'organo di governo da lei nominato, comportamenti specifici finalizzati al coordinamento delle rispettive attività. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma, 1989, pp. 29 - 34 ss., afferma che la direzione unitaria non si determina meramente in virtù dell'esercizio effettivo del controllo, che «costituisce un'ipotesi affatto normale», ma neppure postula un accentramento di tutte o delle più importanti funzioni gestorie delle società figlie, in tal modo esautorando gli organi amministrativi e alterando le competenze istituzionali.

<sup>154</sup> Il principio di fondo per cui il possesso di un pacchetto azionario che consenta ad una società di disporre della maggioranza dei voti o, comunque, di esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della controllata, imponga, in assenza di prova contraria, di ritenere che la gestione della società partecipata sia determinata dalle direttive e dalle istruzioni impartite dall'organo gestorio della controllante rende, secondo PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., p. 773, la previsione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c., «una disposizione quanto mai improvvida e poco razionale». Tale automatica conseguenza condurrebbe, per l'A., al rischio di imputare alla controllante, *ex art. 2497 c.c.*, qualunque irregolarità che venga riscontrata nella gestione delle singole controllate.

delibera stessa, ai sensi dell'art. 2373 c.c.. Al contrario, ove la società, attraverso la partecipazione maggioritaria, eserciti un'attività di direzione e coordinamento, la sanzione legata all'eventualità in cui essa arrechi un danno a soci e creditori della controllata, va individuata nell'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c.<sup>155</sup>.

Alla luce di tali rilievi pare, dunque, possibile confermare l'assunto in base al quale l'attività di direzione e coordinamento non può ritenersi coincidente con l'esercizio effettivo dei diritti derivanti dalla posizione di controllo, sebbene necessariamente lo presupponga, in quanto strumento attraverso il quale viene perseguito lo scopo comune<sup>156</sup>.

La tesi sin qui esposta trova evidente conferma in una recente pronuncia di merito<sup>157</sup>, particolarmente significativa ove si consideri l'assoluta mancanza di precedenti in termini, nella quale viene affermato con nettezza che l'attività di direzione e coordinamento si distingue e rappresenta un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo, in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso. I giudici giungono, pertanto, alla conclusione che la direzione unitaria rappresenti il tratto distintivo del

---

<sup>155</sup> Sul punto, VALZER, cit., p. 865, evidenzia come il perseguimento dell'interesse di gruppo, in un'ottica fisiologica, giustifichi l'incidenza sull'attività della controllata, emancipandola dal connotato di episodicità che caratterizza il regime del conflitto di interessi nella società monade. Al contrario, nel momento in cui tale attività dovesse assumere risvolti patologici, potrà ravvisarsi una responsabilità esclusiva e diretta della capogruppo.

<sup>156</sup> Sul punto, SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma, 1989, pp. 29 - 34 ss., secondo la quale nella fattispecie del «gruppo con direzione unitaria» il controllo va inteso come «presupposto e strumento dell'azione di coordinamento del soggetto controllante, in quanto veicolo attraverso il quale la direzione unitaria e la politica di gruppo penetrano nelle singole organizzazioni societarie, orientandone l'azione». Nello stesso senso, FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., p. 71, afferma che controllo e gruppo sono formule che esprimono due momenti diversi di un fenomeno: il primo indica la posizione di potere di un soggetto sulla sfera economica e giuridica di un'organizzazione autonoma, il secondo indica il determinarsi, tra più organizzazioni, di un collegamento funzionale all'unità dell'azione ed all'interesse unitario che all'azione presiede. In definitiva, per l'A., il controllo è «la posizione di potere nell'ambito delle singole organizzazioni» e, dunque, il «momento strumentale», mentre il gruppo, e cioè «il rapporto che ne consegue fra le organizzazioni stesse» è il «momento finale».

<sup>157</sup> Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, in Foro it., I, 2009, p. 2829.

gruppo, configurandosi quale nozione più ampia del controllo, che, tuttavia, ad essa è il «genere prossimo»<sup>158</sup>.

Il problema è, a questo punto, stabilire quando la mera posizione di controllo si “trasformi” in attività di direzione e coordinamento e, dunque, quali siano i tratti distintivi di questa seconda fattispecie che, “addizionati” alla nozione di controllo, integrano gli estremi della nuova formula normativa<sup>159</sup>, dovendosi, per le considerazioni appena svolte, escludere che tale “trasformazione” sia determinata dalla mera traduzione in fatto dei poteri derivanti dalla partecipazione o dal vincolo.

### **7.1 Coordinamento ed interesse di gruppo**

Se nell’attività di direzione può essere vista una forma di influenza di particolare intensità sulla formazione della volontà della controllata<sup>160</sup>, definibile come l’esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte operative e strategiche di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali<sup>161</sup>, l’elemento che segna ulteriormente ed in modo netto il distacco tra le due fattispecie va, dunque, individuato nell’attività di coordinamento delle società

---

<sup>158</sup> La pronuncia, nel fare proprie le conclusioni cui era pervenuto MONTALENTI, cit., p. 320, non omette di considerare che, sebbene sia vero che dalla presenza del controllo possa inferirsi la sussistenza della direzione unitaria, «è anche vero, però che, trattandosi di presunzione *iuris tantum*, può essere fornita la prova contraria, la quale non può che consistere, appunto, nella dimostrazione che, pur in presenza del controllo, non sussistono, tuttavia, ulteriori elementi, tali da poter affermare l’esistenza anche della direzione unitaria».

<sup>159</sup> In tal senso, MONTALENTI, cit., p. 320

<sup>160</sup> Secondo PAVONE LA ROSA, “Controllo e gruppo” nella fenomenologia dei collegamenti societari, cit., p. 20, l’influenza esercitata in virtù dei poteri derivanti dal controllo costituisce, dunque, una naturale esplicazione di tale posizione, ma affinché ad essa consegua il sorgere di un fenomeno di gruppo si richiede qualcosa di più: «occorre che l’influenza sia esercitata attraverso la “direzione unitaria” delle imprese ad esso partecipanti, ossia con l’accentramento, presso gli organi gestori della controllante o di società intermedie investite di compiti direttivi, di funzioni amministrative inerenti alle diverse unità aggregate».

<sup>161</sup> MONTALENTI, cit., p. 231. Nello stesso senso, Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, cit.

controllate<sup>162</sup>, sostanziandosi nella realizzazione di un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo, nel quadro di una politica strategica complessiva<sup>163</sup>.

La scelta legislativa di abbandonare la più tradizionale “direzione unitaria” pare, infatti, giustificata proprio dalla volontà di enfatizzare la rilevanza della funzione di coordinamento delle società dipendenti sì da affiancare alla loro direzione il contemperamento degli interessi delle singole imprese, nell’ottica del perseguimento del cd. interesse di gruppo<sup>164</sup>. Il riferimento al coordinamento specifica, dunque, la generica attività di direzione, attribuendole una connotazione peculiare<sup>165</sup>.

Il ruolo determinante assunto dall’attività di coordinamento pare essere confermato dalla ricostruzione del possibile contenuto dei contratti rilevanti ai sensi dell’art. 2497 *septies* c.c. Secondo la prevalente dottrina, infatti, tali vincoli, che, come verrà meglio chiarito in seguito, hanno ad oggetto la regolamentazione dell’attività di direzione e coordinamento<sup>166</sup>, si caratterizzerebbero, quanto al contenuto, per l’individuazione delle funzioni aziendali da accentrare presso la capogruppo e per la traslazione in capo ad

---

<sup>162</sup> NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, cit., p. 375. PAVONE LA ROSA, “Controllo e gruppo” nella fenomenologia dei collegamenti societari, cit., pp. 15 - 19, ribadisce che l’aggregazione di più imprese all’interno di un gruppo presuppone «la creazione di una struttura organizzativa intesa ad assicurare l’unità degli indirizzi gestionali delle diverse unità aggregate. Obiettivo generalmente perseguito a livello programmatico e di coordinamento e controllo delle attività delle imprese aggregate, e quindi, senza eliminare l’autonomia amministrativa e finanziaria delle singole unità del gruppo, le quali conservano sul piano operativo ampi spazi di libertà». Nello stesso senso, FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., p. 72, secondo il quale ogni gruppo presuppone una posizione di controllo che consenta il coordinamento dell’azione.

<sup>163</sup> Sul punto, MONTALENTI, cit., pp. 321 - 322, secondo il quale «la direzione opera, in conclusione, in senso verticale; il coordinamento in senso orizzontale».

<sup>164</sup> Alla luce di tali considerazioni, NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, cit., p. 381, giunge ad affermare che «l’attività di direzione è legittima in quanto implica il coordinamento dei diversi interessi espressi dalle varie società del gruppo e determina una politica del gruppo compatibile con ognuno di essi che cioè non risulti in violazione dei “principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale”».

<sup>165</sup> NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, cit., p. 375.

<sup>166</sup> MONTALENTI, cit., p. 331; DAL SOGLIO, cit., p. 2429; VALZER, cit., p. 871; GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell’impresa di gruppo in crisi*, in Riv. dir. soc., 2009, p. 615.

essa di competenze decisionali al fine del coordinamento delle imprese delle società dipendenti, la pianificazione dell'attività di gruppo e la definizione degli obiettivi strategici<sup>167</sup>.

Così ricostruito il sistema, sembra, dunque cogliere nel segno l'osservazione secondo la quale, mentre l'attività di direzione e coordinamento si rivolge alle società controllate nel loro insieme, il controllo si esercita all'interno di ciascuna di esse<sup>168</sup>, onde, attraverso l'attività di direzione e coordinamento, la controllante «organizza e valorizza» il controllo<sup>169</sup> su una o più società<sup>170</sup>.

Il controllo rimane, in tale ottica, mera influenza manifestata sulla gestione “interna” di ciascuna società, mentre l'attività di direzione e coordinamento, presupponendo tale influenza sistematica e costante sulle scelte gestorie strategiche ed operative della controllata, implica, altresì, l'armonizzazione di obiettivi ed indirizzi strategici delle singole società figlie,

---

<sup>167</sup> VALZER, cit., p. 871.

<sup>168</sup> SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 39, la quale richiama la nota differenza, elaborata da Ascarelli ed Auletta, tra atto ed attività, per ricomprendere, nella prima categoria, i singoli atti di esercizio dei diritti legati alla posizione di controllo e, nella seconda, il complesso di tali atti, in quanto preordinati al perseguimento di un fine ulteriore.

<sup>169</sup> Secondo SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e diritto delle società*, cit., pp. 29 e 34 ss., la direzione unitaria si estrinseca in un'attività di coordinamento, pianificazione ed indirizzo delle più importanti funzioni gestorie delle società sottoposte, pur rimanendo queste gestite dai loro amministratori. In definitiva, l'attività di coordinamento, per l'A., esprime un valore ulteriore rispetto alla mera gestione delle partecipazioni, in quanto diretta ad armonizzare gli obiettivi delle imprese del gruppo, massimizzandone la redditività nel loro insieme.

<sup>170</sup> La pluralità di imprese o società controllate è ritenuto elemento costitutivo del «gruppo con direzione unitaria» da SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 40, secondo la quale, non è concepibile un coordinamento «se non rispetto ad una pluralità di enti». Sembra orientato nello stesso senso, GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 192, il quale afferma che «c'è, propriamente, gruppo di società solo dove una pluralità di società è ricondotta ad unità dalla guida unitaria che una di esse esercita sulle altre». *Contra*, MONTALENTI, cit., p. 322, secondo il quale può essere ricondotta alla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento anche l'attività esercitata su un'unica società perché, in tal caso, si configura comunque un'attività di coordinamento tra la società «dirigente» e la società «eterodiretta».

al fine del perseguimento di un comune obiettivo, quale attività economica costituente l'oggetto della capogruppo<sup>171</sup>.

Aderendo a tale impostazione è possibile, dunque, individuare un ulteriore elemento distintivo tra controllo ed attività di direzione e coordinamento: la titolarità dell'interesse perseguito.

Fino a quando, infatti, la controllante, limita la propria influenza alla gestione "interna" della controllata ed al fine del perseguimento dell'interesse della stessa società, singolarmente intesa<sup>172</sup>, si rimane nell'ambito dell'esercizio del controllo. Là dove, invece, la controllante eserciti i poteri derivanti dalla posizione di dominio nell'interesse del gruppo<sup>173</sup>, cui la controllata appartiene, allora il controllo si "trasforma" in attività di direzione e coordinamento<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, cit., pp. 39 ss., nel richiamare la nota scomposizione del processo direzionale dell'impresa nelle quattro fasi di pianificazione e programmazione, organizzazione, coordinamento e guida, controllo, ne afferma l'applicabilità tanto all'impresa monade quanto all'impresa organizzata in forma di gruppo: in tale ipotesi la funzione di direzione rappresenta l'attività propria della capogruppo. ID., *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, Relazione al Convegno *I covenants finanziari*, Bari 6 giugno 2008, in Riv. dir. Soc., 2009, p. 633, afferma che «l'attività di direzione è tale in quanto è attività volta al perseguimento di un fine imprenditoriale per il quale il gruppo è costituito ed in funzione del quale le società soggette vengono utilizzate ed in questo modo l'espressione interesse imprenditoriale farebbe riferimento all'interesse dell'impresa di gruppo». Secondo SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 226 ss, il *quid pluris* del potere di direzione e coordinamento rispetto alla mera manifestazione del controllo va individuato nell'inclusione di tale attività nell'oggetto sociale della controllante, la quale tenderebbe ad un risultato distinto ed ulteriore rispetto a quello perseguibile dalle singole società e dallo stesso socio di controllo.

<sup>172</sup> Com'è noto, secondo la teoria istituzionale tale interesse andrebbe concepito come interesse dell'impresa sociale in quanto tale, superiore e diverso da quello dei singoli soci. Secondo la teoria contrattualistica, invece, largamente prevalente in dottrina, esso va inteso come interesse comune dei soci all'esercizio di un'attività economica a scopo di lucro.

<sup>173</sup> Va, tuttavia, rilevato che anche l'espressione «interesse di gruppo» non è mai utilizzata dalle norme del Capo IX.

<sup>174</sup> FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., p. 69 ss., coglie l'essenza del gruppo nell'aggregazione di più entità giuridicamente autonome, riportate ad unità in quanto «comune è la mente direttiva, comune è la fonte finanziaria, unitaria ed unitariamente concepita è l'azione economica e unitario e globale è l'interesse che per loro mezzo si realizza». E' evidente che l'A. riconosca quale manifestazione del gruppo l'azione unitaria delle imprese aggregate, realizzata attraverso la sovrastruttura organizzativa che si sovrappone alle singole entità, limitandone l'azione al fine del perseguimento di un interesse comune. JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, cit., p. 485, evidenzia l'intenzione del legislatore della riforma di sottolineare, seppur implicitamente, la rilevanza dell'interesse di gruppo, la cui gestione e tutela costituisce la funzione tipica della capogruppo. ID, *I "gruppi"*



Per effetto dell'eterodirezione, infatti, l'interesse sociale, pur non necessariamente configgente con quello del gruppo, subisce una deviazione, risultando modificato nel contenuto e nei confini<sup>175</sup>.

Tale impostazione pare confermata, in primo luogo, dalla giurisprudenza di merito che, da un lato, esclude che l'interesse di gruppo possa e debba coincidere con quello della singola controllata, dall'altro, valuta l'interesse della stessa controllata nella prospettiva della sua appartenenza al gruppo, richiamando il principio, oggi normativamente sancito, della compensazione del lucro con il danno<sup>176</sup>.

---

*tra diritto interno e prospettive comunitarie*, cit., p. 925, afferma che nell'ambito di ciascuna società del gruppo, a meno che non sia integralmente partecipata da un'altra si crea inevitabilmente una situazione di contrasto tra i soci che hanno, accanto all'interesse sociale, un interesse extra – sociale in quanto azionisti di altra società appartenente al medesimo gruppo e quelli portatori del solo interesse sociale. Secondo l'A., la disciplina del gruppo mira proprio all'obiettivo di tutelare l'interesse comune, nel senso che esso assume la rilevanza che non avrebbe in una visione atomistica, nella quale ogni società si presenta quale entità autonoma ed ogni interesse ad essa estraneo deve essere sacrificato all'interesse della singola società o dei soci di questa in quanto tali.

La centralità dell'interesse di gruppo ai fini della richiamata distinzione pare confermata dalla disciplina del gruppo bancario, nella quale può rinvenirsi la prima regolamentazione «dell'aspetto funzionale del gruppo di società», PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, cit., p. 38. L'art. 61, c. 4° del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 dispone, infatti, che «la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo». Tale norma, ritenuta da FERRO – LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit., p. 462, «una disposizione di rilevantissimo rilievo sistematico», pare diretta a superare la disciplina codicistica del conflitto di interessi attraverso il riconoscimento di uno specifico interesse del gruppo, legittimante un generale potere di influenza della capogruppo nella gestione delle società componenti il gruppo.

<sup>175</sup> Pare debba interpretarsi in tal senso l'affermazione di SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in Riv. dir. Soc., 2009, p. 642, secondo il quale, nella specifica ipotesi di controllo esterno, «i vincoli all'agire gestionale hanno riflessi sullo stesso interesse sociale, che assume in concreto diversa portata nella relazione e nella consistenza degli interessi che di esso sono componenti o con cui si rapporta. In concreto, gli obiettivi che i gestori si pongono possono essere fissati in funzione dei limiti pattizi ed, in questo senso, si determinano i confini e la misura dell'interesse sociale».

<sup>176</sup> Cfr., App. Milano, sentenza 10 giugno 1991, in Giur. it., 1992, I, pp. 235 ss., con nota di WEIGMANN, secondo la quale, al fine di valutare l'esistenza di un possibile conflitto di interessi tra controllante e controllata, produttivo di danni per la seconda, è necessario tener conto anche dei vantaggi che ad essa derivano dall'essere inserita in una struttura di gruppo, usufruendo, nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte, di una rete di commercializzazione e distribuzione del prodotto in una pluralità di mercati, dalla quale deriva una riduzione dei rischi. Nello stesso senso, App. Torino, 4 dicembre 2000, in Giur. it., 2001,

Ulteriore conferma dell'assunto può, poi, essere rinvenuta nella stessa disciplina positiva: in caso di controllo, infatti, le norme si limitano ad impedire che all'interferenza esercitabile dalla controllante conseguano abusi o deviazioni dal corretto e regolare funzionamento degli organi sociali, evitando, in tal modo, situazioni di contrasto tra l'esercizio dei poteri derivanti dalla posizione di dominio e l'interesse della controllata<sup>177</sup>. Al contrario, la prospettiva che caratterizza la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento è quella di individuare i limiti e le condizioni in presenza delle quali la realizzazione del fine unitario possa essere attuata, pur nel sacrificio di taluni di quegli interessi che la legge tutela al di fuori del fenomeno del gruppo<sup>178</sup>.

Tale conclusione pare sorretta dalla lettera del primo comma dell'art. 2497 c.c. che, nell'affermare la responsabilità della capogruppo che agisce nell'interesse proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, determina la misura del danno subito da soci e creditori delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, al

---

pp. 1676 ss.; Cass. 4 maggio 1991, n. 4927, in Giur. Comm., 1991, pp. 88 ss.; Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, cit.

<sup>177</sup> In tal senso, FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., p. 72.

<sup>178</sup> Secondo GALGANO, in *Il nuovo diritto societario*, tomo I, cit., p. 182, il perseguimento dell'interesse di gruppo sarebbe l'unico rilevante nell'ambito della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento con la conseguenza che le stesse norme sulla responsabilità *ex art.* 2497 c.c. troverebbero applicazione solo se l'interesse trasposto nell'assemblea o nell'organo amministrativo della società diretta risulti un interesse superiore, di gruppo, ed, in quanto tale, riferibile anche alla controllata e non anche se l'interesse perseguito sia quello esclusivo della società che dirige o di altra società del gruppo. In questo caso, infatti, per l'A. troverebbe applicazione la disciplina ordinaria del conflitto di interessi. VALZER, cit., p. 851, afferma che l'aspetto di maggior impatto della disposizione di cui all'art. 2497 c.c. rispetto al previgente ordinamento societario andrebbe individuato nella «legittimità per la *holding* di dirigere e coordinare le attività delle società del gruppo in termini funzionali alla realizzazione dell'interesse proprio o altrui» salvaguardando, però, «l'integrità patrimoniale delle società dirette e coordinate e l'interesse alla redditività e al valore della partecipazione sociale dei relativi azionisti». Per l'A., dunque, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento consisterebbe «nella esplicazione di una serie di atti teleologicamente diretti alla realizzazione dell'interesse alla produzione di nuova ricchezza (*interesse imprenditoriale*), appunto, della società ente capogruppo che agisce (*interesse proprio*) e/o delle società che vengono gestite (*interesse altrui*); interesse il cui perseguimento deve avvenire rispettando le regole che presidiano la legalità del funzionamenti, la *causa societatis* (*corretta gestione societaria*) e l'economicità (*gestione imprenditoriale*) della gestione».

netto degli effetti vantaggiosi che il soggetto danneggiato può aver conseguito per effetto della stessa attività<sup>179</sup>.

In altre parole, la norma innanzi richiamata non pone ostacoli a che le decisioni degli organi sociali siano influenzate da interessi esterni rispetto a quello proprio della controllata. L'unico limite oltrepassato il quale scatta la responsabilità della controllante viene posto nell'assenza di una compensazione del sacrificio sopportato dei soci con i benefici derivanti dall'appartenenza al gruppo<sup>180</sup>.

Ulteriore appiglio normativo a sostegno della lettura innanzi proposta può rinvenirsi nella disciplina prevista dall'art. 2497 *ter* c.c.. Dal raffronto tra tale norma e l'art. 2391 c.c. emerge, infatti, come l'incidenza dell'attività di direzione e coordinamento sulle decisioni della società ad essa sottoposta, pur imponendo un obbligo di motivazione delle ragioni e degli interessi sottesi alla loro adozione, sia vicenda considerata del tutto fisiologica dal legislatore, che, dunque, non estende a tale ipotesi la disciplina di cui all'art. 2391 c.c., legata a situazioni del tutto occasionali di penetrazione all'interno della gestione della società monade di interessi alla stessa estranei, la cui applicazione, viceversa, paralizzerebbe l'attività delle società eterodirette<sup>181</sup>.

Siffatta lettura delle norme consente di affermare che, mentre l'attività di direzione e coordinamento è compatibile con l'esistenza di deviazioni

---

<sup>179</sup> GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, Riv. dir. comm., 2003, p. 451. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, cit., p. 376, considera il dettato dell'ultima parte del primo comma dell'art. 2497 c.c. una conferma della tesi secondo la quale il coordinamento si sostanzierebbe nell'attitudine a contemperare gli interessi riferibili a ciascuna società sottoposta alla direzione unitaria.

<sup>180</sup> Sul tema, PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, pp. 892 ss..

<sup>181</sup> PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, cit., pp. 892 ss.. VALZER, cit., pp. 861 – 862, dal raffronto tra gli artt. 2391 e 2497 *ter* c.c., trae la conclusione che, difettando nell'ambito dei gruppi «quel profilo di anomala episodicità della compresenza di interessi che impone la devoluzione della decisione all'organo collegiale» imposta dall'art. 2391 c.c., «l'organo delegato potrà senz'altro dar corso all'assunzione della decisione senza investire della stessa il consiglio di amministrazione, limitandosi all'uopo a rispettare i dettami dell'art. 2497 *ter* c.c.».

dagli ordinari meccanismi di funzionamento della società e dal perseguimento dell'interesse dalla controllata singolarmente intesa, la disciplina del controllo è volta proprio a “neutralizzare” tali deviazioni.

Ferme restando le considerazioni sin qui svolte, va, tuttavia, rilevato come le fattispecie del controllo e dell'attività di direzione e coordinamento, formalmente autonome e distinte, tendano di fatto a sovrapporsi, risultando frequenti i casi in cui l'esercizio dei poteri derivanti dalla posizione di controllo societario si traducono nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento<sup>182</sup>.

## **7.2 Controllo contrattuale e attività di direzione e coordinamento**

Il confine tra controllo ed attività di direzione e coordinamento appare particolarmente labile in presenza di una posizione di dominio esterno.

Le svolte osservazioni in merito alla rilevanza “interna” del controllo ed alla funzione, ulteriore, di armonizzazione degli obiettivi delle controllate al fine del perseguimento di uno scopo comune, tipica dell'attività di direzione e coordinamento, necessitano, infatti, di essere riesaminate in considerazione dei caratteri peculiari del controllo contrattuale, sostanziatisi nell'indipendenza dalla partecipazione alla società controllata e nella circostanza che, in tale ipotesi, l'influenza venga esercitata, in modo immediato, su talune scelte gestorie della controllata<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., p. 789. ANGIOLINI, cit., p. 83.

<sup>183</sup> ROSSI, cit., pp. 1136 - 1142, afferma, infatti, che «il controllo, attraverso vincoli contrattuali, collegato al concetto per vero non precisissimo di influenza dominante, è tardivo e spurio rispetto al controllo assembleare, basato esclusivamente sul possesso della maggioranza sufficiente per dominare l'assemblea ordinaria». Per l'A. il concetto di controllo societario «salta» completamente ed assume rilievo l'appartenenza al gruppo nel momento in cui sussiste una relazione diretta tra chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e l'organo amministrativo della singola società, chiamata a dare attuazione alle direttive. Nello stesso senso, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., p. 773, il quale non ritiene rilevante, ai fini della direzione unitaria, il mero potere deliberativo esercitabile dalla controllante all'interno dell'assemblea della controllata, ma individua nell'influenza sulla gestione di quest'ultima l'essenza della direzione unitaria, la connotazione tipica del gruppo.

Preliminarmente, pare evidente che il potere contrattuale di impartire direttive idonee a determinare la gestione di una società, attraverso l'influenza esercitata direttamente sulle scelte strategiche dei suoi organi, rappresenti la manifestazione dell'esistenza tanto di una posizione di dominio esterno quanto di un'eterodirezione dell'impresa sociale derivante dal controllo extra – assembleare<sup>184</sup>, tipica dell'attività di direzione e coordinamento<sup>185</sup>.

Particolarmente utile, in proposito, appare, ancora una volta, il ricorso alla disciplina dettata dall'art. 2497 *ter* c.c. la cui applicazione impone, preliminarmente, di definire quando una decisione adottata dalle società soggette a direzione e coordinamento debba ritenersi influenzata da tale attività. Sul punto è stato affermato che vi è influenza là dove la capogruppo sia in grado di incidere in modo diretto sul processo decisionale della

---

<sup>184</sup> MINERVINI, cit., p. 1580. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, cit., p. 452, giunge ad affermare che l'intera disciplina del Capo IX non abbia affatto quale presupposto per la sua applicabilità l'esistenza del gruppo, ma «solo il fatto che qualcuno interferisca nella gestione della società».

<sup>185</sup> NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, cit., p. 997, individua gli atti in cui si esplica l'attività di direzione e coordinamento in direttive a contenuto negoziale o organizzativo, che promanano dal vertice del gruppo e si rivolgono non all'assemblea delle singole società che lo compongono, bensì ai loro organi amministrativi e di controllo, se non direttamente ad alcuni dei loro componenti. Per l'A., la caratteristica qualificante della direttiva della capogruppo è quella di costituire un atto cogente che impone doveri nuovi agli amministratori della controllata comprimendone l'autonomia ed il potere di effettuare scelte gestionali ed organizzative. Nello stesso senso, ROSSI, cit., p. 1136, che ravvisa il carattere tipico della direzione unitaria e, dunque, il momento genetico del gruppo, nell'«esercizio di una influenza extrassembleare di coordinamento amministrativo e finanziario, di controllo gestionale interno insomma di attività di governo continua e non saltuaria, con tutte le sfumature, dimensioni e intensità che essa può assumere». L'A. contrappone il concetto di controllo, formale ed astratto, a quello di direzione unitaria, fattuale e concreto, ed inserisce il secondo, differentemente dal primo, nella disciplina dell'impresa. La capogruppo, secondo la ricostruzione proposta, viene, pertanto, a configurarsi quale capo dell'impresa e non come semplice controllante, con la conseguenza che, mentre la società è concepita come struttura sostanzialmente democratica, anche nella distribuzione dei poteri tra gli organi, l'impresa ha, invece, struttura gerarchica, fondamentalmente autoritaria. L'A. tende, evidentemente, a segnare un netto distacco tra le fattispecie di controllo fondate sull'influenza dominante, intesa quale condizionamento dell'autonomia deliberativa della controllante, e controllo contrattuale che, prescindendo dagli assetti proprietari, si avvicina fortemente ad un modello autoritario, in quanto altera gli equilibri interni della controllata, sino a poter neutralizzare il controllo assembleare, ed incide sul coordinamento e la distribuzione dei poteri di gestione.

controllata deviandolo «dalla logica prettamente “egoistica” che dovrebbe presiedere alle decisioni gestionali dell’impresa»<sup>186</sup>.

Analogamente, per effetto della relazione di controllo contrattuale, le scelte imprenditoriali strategiche della controllata risultano essere influenzate in modo diretto, da fattori posti all’esterno dell’organizzazione sociale, che ne deviano gli schemi ed i meccanismi di funzionamento.

A tanto si aggiunga che la posizione “esterna” alla società, occupata dalla controllante induce a ritenere che questa, a differenza del socio titolare di una partecipazione di controllo, utilizzi necessariamente il proprio potere al fine di realizzare un interesse ulteriore e diverso rispetto a quello perseguito dalla controllata, seppur con esso non necessariamente confliggente<sup>187</sup>, con la conseguenza che tra l’attività della controllante e quella della controllata si realizza una necessaria forma di coordinamento che, tuttavia, non si traduce in un’assoluta uniformità tra gli indirizzi

---

<sup>186</sup> LIBERTINI, *La motivazione obbligatoria delle decisioni nelle società soggette a direzione e coordinamento (art. 2497 - ter c.c.)*, Relazione al Convegno Paradigma, Milano 27 maggio 2003. Sul punto, PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, cit., pp. 911 ss.

<sup>187</sup> In questi termini, PASTERIS, *op. cit.*, pp. 63 ss., il quale rileva come l’interesse della controllante esterna sia solo indiretto in quanto l’esercizio dell’influenza è meramente strumentale allo sfruttamento a proprio vantaggio della situazione di dominio. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, cit., p. 77, secondo il quale «quando la situazione di controllo si crea volutamente mediante contratto essa si crea per la realizzazione di un interesse ulteriore rispetto a quello proprio delle singole imprese, interesse da realizzarsi attraverso la coordinata azione delle imprese aggregate. Al fenomeno di controllo (contrattuale) corrisponde necessariamente un fenomeno di gruppo ed è l’azione coordinata del gruppo che determina la creazione della posizione di controllo». La posizione dell’A., tuttavia, come rilevato, è legata ad una visione strettamente contrattualistica del gruppo la cui esistenza andrebbe ricondotta alla creazione di una sovrastruttura organizzativa di matrice negoziale. Più precisamente la sottoposizione alla direzione unitaria sarebbe l’effetto di un contratto di dominazione, concluso tra le società appartenenti al gruppo anche solo per fatti concludenti e configurante, pertanto, l’elemento genetico di ogni gruppo, ivi compresi quelli fondati su posizioni di controllo interne. Tale prospettiva non pare da condividere per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, essa configura un’evidente forzatura nella misura in cui pone alla base di qualunque forma di gruppo la stipula di un contratto di dominio. In secondo luogo, per quanto attiene in particolare al controllo esterno, essa identifica la fonte di tale forma di dominio con la fonte del gruppo ed entrambe in un contratto che ha come oggetto la sottoposizione della controllata all’altrui direzione. Tale impostazione, per le ragioni che verranno in seguito ampiamente illustrate, non riflette il reale contenuto della fattispecie del controllo esterno così come disciplinata dall’art. 2359, n. 3, c.c., la cui origine va ricondotta a vincoli contrattuali che hanno, non come oggetto, ma solo quale effetto la creazione di una posizione di controllo.

gestionali propri della controllante e quelli della controllata, ma ben può limitarsi ad una armonizzazione solo generale degli obiettivi, cui si affiancano ampi spazi di autonomia operativa degli organi delle imprese dipendenti<sup>188</sup>.

A tali evidenti analogie tra le due fattispecie consegue che, sebbene l'art. 2497 *sexies* c.c. attribuisca anche al controllo esterno il valore di presunzione solo relativa di attività di direzione e coordinamento, la prova contraria dell'esercizio di tale attività risulta assai ardua da fornire<sup>189</sup>.

Pare, dunque, possibile concludere sul punto che le caratteristiche tipiche della posizione di controllo esterno, differenziandola significativamente dalle forme di dominio interno, riducono le distanze tra tale fattispecie e l'attività di direzione e coordinamento sino ad annullarle, con la conseguenza che la corretta e concreta esecuzione di un contratto che comporta la attribuzione ad un'impresa di poteri di ingerenza nella gestione di un'altra «faccia necessariamente scattare uno scenario di gruppo»<sup>190</sup>.

Ne deriva che, in caso di esercizio abusivo dei poteri attribuiti dal vincolo alla controllante, risulterà giustificato il passaggio alla diversa e più rigida disciplina prevista dall'art. 2497 c.c.; d'altra parte, non può ammettersi

---

<sup>188</sup> In tal senso, RONDINONE, *op. cit.*, p. 132; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 81 ss.

<sup>189</sup> DAL SOGLIO, cit., p. 2423. Secondo GUIZZI, *Partecipazioni "qualificate" e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003, p. 246, invece, la previsione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c. andrebbe riferita al solo caso di controllo interno in quanto la prova dell'influenza rilevante ai fini del controllo esterno altro non sarebbe che la prova dell'esercizio del potere di direzione e coordinamento. *Contra*, NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, cit., p. 383, il quale rileva come la presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c. scatti in presenza di qualsiasi forma di controllo, come pare confermato dalla circostanza che la norma, diversamente dalla formulazione proposta in una delle prime stesure, non preveda alcuna esplicita limitazione al controllo interno di diritto.

<sup>190</sup> Così, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 123, secondo il quale l'influenza dominante effettiva che caratterizza la fattispecie del controllo contrattuale è in grado di abbracciare le nozioni di direzione unitaria formatesi nel contesto normativo *ante* riforma. Per l'A., dunque, «la concreta esplicazione delle prerogative che derivano dai «particolari vincoli contrattuali» risulta comunque in grado di dar luogo ad un gruppo di imprese». *Contra*, SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*. Torino, 2001, p. 11, nt. 23, il quale lega l'esistenza di un gruppo contrattuale solo alla presenza di un negozio giuridico costitutivo che abbia come oggetto diretto il dominio di una società.

che l'esistenza di una posizione di potere così incisiva e penetrante rimanga svincolata da qualsiasi forma di responsabilità<sup>191</sup>.

L'interpretazione proposta non si risolve, tuttavia, in una lettura dell'art. 2497 *sexies* c.c. in totale contrasto con il suo dettato in quanto pare possibile affermare che la presunzione ivi contenuta possa essere vinta.

Elemento determinante a tal fine va individuato nella posizione occupata dalla controllante all'interno del gruppo: l'attività di direzione e coordinamento può essere, infatti, esercitata da qualsiasi società o ente, ma, ai fini dell'assunzione del ruolo di capogruppo, è essenziale la sua posizione apicale, cioè di vertice, anche relativo, dell'organizzazione<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, cit., p. 450, qualifica la disciplina introdotta dagli artt. 2497 e ss. come «repressiva di un comportamento che rappresenta un'anomalia, una interferenza nella normale dinamica della gestione societaria – la quale, anche quando la società è parte di una aggregazione più ampia qual è il gruppo, dovrebbe essere riservata agli amministratori senza ingerenze esterne di terzi – sicché ove questa si verifichi e sia fonte di danno crea il presupposto di una responsabilità». Per l'A., dunque, il legislatore considera l'eterodirezione un fenomeno tanto poco fisiologico da rendere necessario sancire il principio per cui se gli amministratori della società seguono le indicazioni provenienti da un soggetto terzo, ancorché controllante, hanno l'obbligo di motivare le ragioni per le quali essi abdicano alla propria autonomia decisionale ed indicare quale sia l'interesse perseguito dalla società nell'assoggettarsi ad una scelta altrui. *Contra*, ANGIOLINI, cit., pp. 84 ss., la quale conduce la distinzione tra controllo ed attività di direzione e coordinamento alle estreme conseguenze, ammettendo che, nei due casi, l'eventuale abuso dia luogo a due differenti regimi di responsabilità. Per l'A. l'«abuso da influenza dominante non appare sufficiente a far scattare il regime di responsabilità ex art. 2497 c.c.. Esiste una “responsabilità da controllo codicistico” di cui fattispecie distinte sono la “responsabilità da influenza dominante” e “la responsabilità da attività di direzione e coordinamento”. In particolare, in caso di abuso del controllo esterno, il soggetto danneggiato dall'altrui condotta potrà far ricorso agli ordinari rimedi negoziali ed, in primo luogo, alla tutela generale apprestata dall'art. 1375 c.c., mentre i terzi potranno invocare la tutela risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c.. Alla sola ipotesi di responsabilità per l'esercizio di attività di direzione e coordinamento è, invece, connessa la tutela obbligatoria o risarcitoria di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

<sup>192</sup> NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 *sexies* e 2497 *septies* c.c.: brevi considerazioni di sistema*, cit., p. 993. ID., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, cit., p. 383, nt. 37. MIO, *Informazione controllo nei gruppi*, Torino, 1993, p. 57, pur aderendo all'orientamento che ritiene necessariamente coincidenti controllo ed attività di direzione e coordinamento, definisce il controllo quale potere di indirizzo del vertice su tutto il gruppo che si manifesta nella pressione esercitata dalla *holding* sulle imprese che lo compongono «attraverso tutte le forme possibili, dalla partecipazione agli organi istituzionali societari, alla definizione delle strategie, all'indicazione delle politiche da seguire, al coordinamento dei sistemi operativi». SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 224, afferma che, alla luce del citato art. 61, 4° co., T.U.B, non vi è un riconoscimento in capo alla



Tale limitazione consente, pertanto, alla controllante esterna che sia a sua volta controllata da altra società di fornire la prova dell'ulteriore rapporto di dominio, in tal modo dimostrando di non essere al vertice dell'organizzazione di gruppo e, conseguentemente, di escludere il proprio potere di direzione e coordinamento.

---

controllante, di un potere di direzione e coordinamento connaturato alla stessa posizione di controllo, ma, al contrario, tale potere è espressione di una precisa scelta organizzativa. Ne consegue, per l'A., che «nel modello organizzativo denominato “gruppo creditizio” e basato sul legame di controllo tra una pluralità di società aventi un determinato oggetto, la controllante al livello più alto non può non assumere l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, intesa specificamente a trasmettere alle componenti del gruppo disposizioni e direttive “per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo”».

## CAPITOLO III

### I particolari vincoli contrattuali

#### 1. L'ambito oggettivo della fattispecie

La scarsa applicazione pratica ed il difficile accertamento dell'esercizio dell'influenza dominante in virtù di un rapporto contrattuale, in assenza di ogni vincolo partecipativo<sup>193</sup>, hanno determinato una limitata analisi del fenomeno da parte della dottrina ed un'episodica attenzione da parte della giurisprudenza, tendente per lo più a ribadire, tralasciamente, formule non sempre rispondenti al reale contenuto ed alla portata effettiva dei vincoli contrattuali rilevanti ai sensi dell'art. 2359, n. 3, c.c..

Il tradizionale ed ormai risalente dibattito sul tema si è, in primo luogo, concentrato sul reale potere di un contratto di generare una posizione di dominio di una società su un'altra. Sul punto, l'orientamento secondo il quale tale posizione preesiste alla nascita del vincolo, che si limita a sancirne positivamente l'esistenza<sup>194</sup>, si è contrapposto a quello propenso a collocare la fonte del controllo esterno necessariamente in un contratto<sup>195</sup>. Non pare, tuttavia che all'opzione in favore dell'una o dell'altra di tali tesi consegua

---

<sup>193</sup> PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, cit., p. 43, rileva come la relazione di controllo contrattuale risulti, generalmente, commista al più diffuso controllo da partecipazione, al quale serve a conferire maggiore efficacia.

<sup>194</sup> Ritengono che sia «il diritto a sancire il fatto», GUERRA, *Le società di partecipazione*, cit., p. 81; PASTERIS, *op. cit.*, pp. 31 – 50 ss., il quale sostiene che «da situazione di predominio dalla quale deriva la soggezione all'influenza dominante non trovi la sua origine nel contratto, ma sia ad esso preesistente, giustificandosi appunto nella potenza economica di uno dei due soggetti». Per l'A. l'influenza dominante derivante dalla posizione di predominio diviene attuale con il contratto che opera un «collegamento fra due interessi»: l'uno al mantenimento in vita del rapporto contrattuale, che giustifica la sottoposizione alle direttive della controllante, l'altro al consolidamento della posizione di forza. In definitiva, per l'A., sebbene il contratto generi l'interesse del controllato ad assoggettarsi al dominio della controparte, esso non è fonte di tale posizione, ma, al contrario, da essa trae la sua forza. Nello stesso senso, CANDI, *Le partecipazioni reciproche dopo la riforma*, cit., pp. 67 ss., secondo il quale le condizioni del mercato, dominato particolarmente in alcuni settori da posizioni di fatto monopolistiche, determina naturalmente il sorgere di situazioni di predominio economico che assumeranno, poi, nella realtà giuridica, forme contrattuali più o meno intense a seconda dei casi.

<sup>195</sup> Il diritto è ritenuto, invece «causa del fatto» da FRE' – SBISA', *Società per azioni*, cit., pp. 272 – 273.

alcun significativo effetto pratico, ove si consideri che solo alla nascita del contratto, sia o meno manifestazione di una posizione di forza ad esso preesistente, segue l'applicazione della disciplina del controllo esterno. Solo la stipula del vincolo, dunque, pur quale mero riflesso esterno di una situazione di influenza dominante di fatto preesistente, costituisce la fonte giuridica di stabilità successiva del relativo potere, indispensabile perché l'influenza si configuri quale duratura e rilevante<sup>196</sup>.

Tale affermazione trova conferma nella lettera dell'art. 2359 c.c. che non consente di riconoscere alcun valore ai rapporti intercorrenti tra società che prescindano da vincoli partecipativi o contrattuali e, dunque, alle mere posizioni di forza di una società rispetto ad un'altra<sup>197</sup>. Ne consegue che,

---

<sup>196</sup> Questo, per MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., p. 59, appare l'unico senso in cui può risolversi il «dibattuto dilemma se il particolare vincolo contrattuale debba costituire il *prius* ovvero il *post* rispetto al potere dominante di fatto».

<sup>197</sup> CANDI, cit., p. 68, rileva che il progetto De Gregorio proponeva di individuare il controllo esterno come l'influenza dominante esercitata da una società su un'altra «in virtù di particolari rapporti con essa». La Relazione che accompagnava tale progetto chiariva che la formula prescelta rispondeva all'esigenza di far meglio corrispondere la realtà normativa alla pratica economica, ampliando la nozione di controllo esterno fino a farvi rientrare fenomeni di potere derivanti da mere situazioni di fatto quali, ad esempio, la coincidenza degli amministratori di due società (cc.dd. *interlocking directorates*) o la parentela tra essi. Tale posizione, già consolidatasi nella dottrina tedesca, veniva assunta nei successivi progetti Lombardi e Marchetti, nonché nel decreto legge n. 95 del 1974, per essere in seguito rivista in sede di conversione dello stesso in legge, con la quale veniva nuovamente limitata la fattispecie del controllo esterno ai soli vincoli di natura contrattuale. MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., pp. 24 ss., afferma che l'unione personale degli amministratori può considerarsi quale modalità di controllo in senso stretto, ma esclusivamente là dove si concretizzi in «accordi scritti, orali o attuati per comportamenti concludenti, di natura sociale o parasociale». L'adozione di una nozione di controllo esterno di matrice necessariamente contrattuale non è, per l'A. espressione di una posizione riduttiva, ma esprime l'esigenza che rapporti giuridici quali le relazioni di controllo debbano caratterizzarsi per «un grado cospicuo di stabilità e di durata rilevante», sia ai fini dell'integrazione del presupposto dell'influenza dominante sia per le conseguenze che ne derivano in termini di disciplina. Nello stesso senso, NOBILI – VITALE, *La riforma delle società per azioni*, cit., p. 150, secondo cui è irrilevante, quale causa produttrice di influenza dominante, il mero legame tra azionisti o amministratori di due società, in mancanza di un vincolo contrattuale tra gli stessi. PASTERIS, *op. cit.*, p. 53, evidenzia, invece, che l'unione personale è una normale conseguenza della situazione di dominio, imposta per rendere più efficace il controllo e non la sua origine.

In senso contrario all'idoneità del vincolo contrattuale a ricomprendere le fattispecie di identità e parentela degli amministratori si è espressa anche la Corte di Cassazione, sentenza n. 1759 del 13 febbraio 1992, cit., rilevando che «società collegate in senso economico e dirigenziale (in virtù dell'unione personale costituita dalla pressoché totale identità dei titolari

sebbene possano esistere situazioni di dominio “di fatto” su una società generate dall’influenza che un’altra è in grado di esercitare, a qualsiasi titolo, sui soci o sugli organi della prima e, dunque, posizioni anche stabili, di controllo extracontrattuale, ad esse la dottrina ha tradizionalmente negato qualsiasi rilevanza giuridica<sup>198</sup>.

Ulteriore questione preliminare in tema di definizione dell’ambito oggettivo di applicazione della fattispecie del controllo esterno attiene alla presunta idoneità della norma in commento a legittimare, nel nostro ordinamento, la conclusione di contratti con cui una società disponga direttamente del proprio governo, affidandolo a terzi, ipotesi ammessa e disciplinata nel diritto tedesco.

In Germania, infatti, i contratti di impresa ed, in particolare, i contratti di dominio, da intendersi quali vincoli negoziali che abbiano per oggetto principale ed immediato la sottoposizione di una società al controllo di un’altra<sup>199</sup>, costituiscono lo strumento attraverso il quale due o più imprese danno origine a gruppi a base contrattuale. Tali vincoli, attribuiscono alla società dominante il diritto di dirigere, anche in suo danno, la controllata, sino al punto di appropriarsi dei suoi utili, ma esigono il rispetto di due limiti

---

dei pacchetti azionari e dalla comunanza degli organi direttivi)» non lo sono in senso giuridico, «per l’inconfigurabilità dei presupposti richiesti dall’art. 2359 c.c.».

Una soluzione differente è stata, invece, adottata nella legge sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, in virtù della quale la cd. procedura madre si estende anche alle società che «in base alla composizione dei rispettivi organi amministrativi risultano sottoposte alla stessa direzione delle società in amministrazione straordinaria» (art. 3, co. 1, lett. c), in tal modo attribuendo rilevanza anche ai vincoli che, di fatto, attraverso tali relazioni personali, legano le diverse società.

<sup>198</sup> CANDI, cit, p. 62 ss., pur ammettendo che il controllo extracontrattuale risulterebbe meno penetrante rispetto alle ipotesi normativamente previste, non ritiene possibile affermare *a priori* che tale forma di dominio difetti necessariamente del requisito della stabilità. Secondo l’A. la limitazione normativa sarebbe volta al precipuo scopo di «offrire appigli testuali ad una pratica mirante all’elusione delle norme che al controllo si richiamano». *Contra*, PASTERIS, *op. cit.*, p. 58, secondo il quale il legislatore, pur attribuendo rilievo ai soli vincoli contrattuali, ha colto il fenomeno nella sua interezza.

<sup>199</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 186. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 92, che definisce tali contratti quali atti di autonomia capaci di incidere, modificandola, sull’organizzazione delle società contraenti ed, in particolare, di quella controllata.

fondamentali: quello di non compromettere l'esistenza stessa della società dominata e quello di esercitare i diritti da esso derivanti nell'interesse del gruppo<sup>200</sup>.

La compatibilità dei contratti di dominio con i principi fondamentali del nostro ordinamento, in generale, e del diritto societario, in particolare, è stata tradizionalmente negata dalla dottrina<sup>201</sup>, ma il tema merita, oggi, di

---

<sup>200</sup> Sul tema, LUTTER – ZOLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996, pp. 247 ss. Il diritto tedesco regola, infatti, separatamente, i cd. *Vertragskozerne* (gruppi contrattuali) ed i *Fatische Kozerne* (gruppi di fatto). Mentre questi ultimi nascono da rapporti di dipendenza di fatto, privi di regolamentazione, nei primi il collegamento tra le imprese è definito con esattezza nella sua portata e struttura dai particolari vincoli contrattuali in virtù dei quali esso sorge. All'esistenza dell'uno o dell'altro tipo di collegamento sono connessi effetti giuridici differenti in quanto solo l'esistenza di un gruppo contrattuale legittima una società ad esercitare su un'altra un'influenza dominante, anche in danno della società figlia, la quale non è portatrice di un interesse sociale proprio. Tale influenza è bilanciata da meccanismi di tutela degli interessi patrimoniali delle minoranze e dei terzi creditori di quest'ultima e dal trasferimento del rischio d'impresa della società dipendente su quella dominante. Le principali fattispecie contrattuali da cui si origina tale tipo di gruppo vengono individuate nel «contratto di dominazione» che, nel trasferire alla società madre la direzione della società figlia, la autorizza ad impartire a quest'ultima direttive vincolanti, ancorché pregiudizievoli; «contratto di cessione degli utili», collegato ad un contratto di accollo delle perdite, che impone alla società figlia di cedere tutti i suoi utili alla società madre; «contratto di riduzione ad organo», nell'ipotesi in cui il contratto di dominazione e quello di cessione degli utili vengano conclusi congiuntamente. Ciascuno di tali contratti deve prevedere un indennizzo per i soci che, a causa della loro conclusione, abbiano esercitato il diritto di recesso ed il pagamento di un conguaglio annuale in denaro o un dividendo garantito per i soci che vogliano conservare il loro *status*. A metà strada tra il gruppo contrattuale e quello di fatto si colloca la figura del «gruppo di fatto qualificato», utilizzata dalla giurisprudenza tedesca al fine di applicare, attraverso una interpretazione analogica, la disciplina dei gruppi contrattuali a casi in cui il contratto di dominio non sia stato stipulato. La «qualificazione» del gruppo deriva dall'elevato grado di coinvolgimento della controllante negli affari della controllata, tanto dal punto di vista della manifestazione di ingerenza nelle scelte dei suoi organi, quanto nella continuità di tale comportamento. L'origine di tale tesi viene fatta risalire a LUTTER, *Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe*, in ZGR, 1982, pp. 244 ss.

<sup>201</sup> Nel quadro normativo precedente alla riforma del diritto societario, tra gli argomenti posti a fondamento dell'orientamento assolutamente maggioritario, che riteneva tali pattuizioni nulle, veniva tradizionalmente invocata la dissociazione tra spendita del nome e potere direttivo che alla loro stipula consegue. Tale dissociazione spezzerebbe il necessario nesso tra potere e responsabilità e farebbe venir meno «lo strumento principale attraverso il quale è possibile realizzare l'esigenza di una responsabile direzione dell'impresa»; in tal senso, GALGANO, *L'impresa*, in Tratt. di dir. comm e dir. pubbl. econ., diretto da Galgano, Padova, 1978, pp. 109 ss.; ID., *Direzione e coordinamento di società*, cit., pp. 185 ss.. Ma il vero «nodo» problematico era rappresentato dal presunto contrasto tra il vincolo con cui la controllata si assoggetta a meccanismi di eterodeterminazione della propria volontà ed i principi inderogabili del diritto societario. In particolare, la dottrina prevalente tendeva ad affermare che la stipula di un contratto di dominio configurasse una violazione del principio in virtù del quale la società non può in nessun caso vincolarsi ad agire in difformità del suo interesse particolare e

---

gli organi della stessa non possono in nessun caso abdicare all'autonomia di giudizio loro attribuita in merito alla gestione degli affari sociali. Sul punto, ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia private nel diritto societario italiano*, Banca borsa tit. cred., 1999, pp. 545 ss., concludeva per l'impossibilità per la società di perseguire un interesse diverso dal proprio, affermando l'esistenza di un divieto inderogabile di direzione eteronoma che escludeva che nella posizione di controllo potesse ritenersi implicito il potere di dettare direttive giuridicamente vincolanti per gli amministratori della controllata. Tale conclusione, tuttavia, veniva temperata, dallo stesso A. dalla constatazione per cui le ragioni del gruppo, pur non potendosi tradurre in un «vincolo automatico di condotta», non potessero ritenersi esterne all'area del giuridicamente rilevante, affermazione cui sarebbe conseguito «un inammissibile disconoscimento della realtà del fenomeno». FRE'-SBISA', cit., p. 478 ss., giustificavano l'incompatibilità dei contratti di dominio con il diritto societario comune alla luce del dettato dei par. 302 - 306 AtkG secondo cui «in vigenza del contratto, gli organi sociali hanno perduto ogni funzione, mentre i creditori della società dominata sono garantiti dalla responsabilità per le perdite di quest'ultima posta a carico della società dominata, e per gli azionisti esterni il contratto assicura un adeguato conguaglio o l'alternativa di un altrettanto adeguato indennizzo».

Riteneva, invece, SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e diritto delle società*, cit., pp. 99 ss., che i contratti di dominazione si ponessero in contrasto con i principi societari in materia di diritto all'informazione del singolo azionista ed il correlativo dovere di riservatezza circa le notizie sociali, incombente sugli amministratori dell'ente.

Diversa era la posizione assunta da LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 165 ss., il quale propendeva per la validità del contratto di dominio, nella sua forma cd. debole, rilevando come il principio della necessaria correlazione potere – responsabilità risentisse di una superata concezione soggettivistica dell'impresa e che, da solo, non fosse sufficiente a negare la meritevolezza, almeno in astratto, degli interessi perseguiti dalle parti con la stipula di un contratto di dominio. La loro legittimità secondo la ricostruzione proposta dall'A., deriverebbe, pertanto, dalla circostanza che il gestore è, comunque, tenuto a rispettare i principi di diligenza e corretto perseguimento dell'interesse del gestito nell'assolvimento della sua funzione, conseguendone, in mancanza, la responsabilità contrattuale o extracontrattuale nei suoi confronti. A tanto si aggiunga che, in tali fattispecie di eterodeterminazione “debole” della volontà sociale, il soggetto dominante «dà istruzioni agli amministratori della dominata ma non annichisce gli organi della stessa fino al punto di sostituirsi ai medesimi nell'attività «esterna» della società o di non consentire loro reazioni ad istruzioni illecite o contrarie alla società da essi amministrata». L'ammissibilità dei contratti di dominio deboli rappresenterebbe, in conclusione, per l'A., la trasformazione di una situazione di mero fatto, caratteristica della direzione dei gruppi accentrati in una fattispecie conforme al diritto positivo, con la conseguente possibilità che il centro decisionale della società sia esterno rispetto agli organi sociali. Tale situazione, peraltro, sarebbe riscontrabile anche nel controllo interno in cui il socio di maggioranza di fatto governa la società che esprime, dunque, una volontà solo formalmente proveniente dai suoi organi. I contratti di dominio deboli, secondo RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 46 – 64, e RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 462, rappresenterebbero i principali vincoli contrattuali a cui si riferisce l'art. 2359 c.c.. Nello stesso senso, TONELLO, *Il contratto di dominio: e se ne ritentissimo l'esame di meritevolezza?*, in *Contr. e imp.*, 1995, pp. 1095 ss.

Sul tema, successivamente alla riforma, MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, pp. 357 ss.; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., pp. 870 ss., secondo il quale alla luce dell'affermata rilevanza giuridica effettuale dell'attività di direzione unitaria, «paiono venir meno quelle obiezioni di principio che sotto il previgente ordinamento normativo si opponevano all'ammissibilità di una pur parziale traslazione del governo societario in via di autonomia privata».

essere riesaminato alla luce della disposizione di cui all'art. 2497 *septies* c.c., introdotta con il decreto legislativo n. 37/04.

La norma assume una significativa portata innovativa e viene in rilievo, in questa sede, ai fini della corretta definizione dei vincoli contrattuali identificabili quali fonti di controllo ex art. 2359, co. 1, n. 3 c.c.

Occorre, infatti, partire dall'assunto per cui, sebbene entrambe le norme sopra indicate disciplinino rapporti derivanti dall'esistenza di un vincolo contrattuale tra società idoneo a determinare l'eterodirezione dell'una da parte dell'altra e nonostante le reali distanze tra le fattispecie dalle stesse disciplinate tendano a ridursi, alla luce delle considerazioni svolte nel precedente capitolo, per effetto della tendenziale coincidenza tra l'esercizio dei poteri tipici del controllo esterno e l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, esse descrivono, in ogni caso, fattispecie diverse, cui conseguono discipline incompatibili tra loro<sup>202</sup>.

Tale affermazione, oltre a trovare fondamento nella stessa lettera dell'art. 2497 *septies* c.c., là dove è prevista l'applicazione delle norme sul coordinamento fra società solo «fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497 *sexies*»<sup>203</sup>, si giustifica, in punto di disciplina, sulla base della considerazione per cui mentre quest'ultima disposizione connette al controllo contrattuale una presunzione relativa di esercizio di attività di direzione e coordinamento, i contratti e le clausole statutarie di cui all'art. 2497 *septies* c.c. sono oggetto di una «valutazione legale tipica»<sup>204</sup>.

---

Nel senso della validità dei contratti di dominio debole sembra, oggi, essersi orientato anche il legislatore (art. 2397 *septies* c.c. – art. 61, 4° co., T.U.B.).

<sup>202</sup> Nello stesso senso, ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica e controllo societario*, in Riv. dir. soc., 2010, p. 83.

<sup>203</sup> In virtù dell'art. 2497 *septies* c.c., infatti: «Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497 - *sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

<sup>204</sup> DAL SOGLIO, *Artt. 2497 *sexies* - 2497 *septies**, cit., p. 2435.

Appare, dunque, evidente l'esigenza di delineare correttamente le figure contrattuali che, rilevando ai fini di tale norma, non possono costituire la fonte di una posizione di controllo esterno<sup>205</sup>.

Sul punto, sembrerebbe di potersi affermare che un vincolo contrattuale venga in rilievo ai fini della disciplina di cui all'art. 2497 *septies* c.c., solo in quanto costituisca la regolamentazione contrattuale dell'attività di direzione e coordinamento<sup>206</sup> e, dunque, nell'ambito dei gruppi ccdd.

---

<sup>205</sup> DAL SOGLIO, cit., p. 2440, ritiene che la norma sul coordinamento tra società possa contribuire a risolvere la questione interpretativa relativa all'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c. in quanto marca la differenza fra i «particolari vincoli» che non incidono sull'organizzazione della società controllata e i contratti che, invece, determinano una profonda e diretta incidenza, se non alterazione, sulla struttura organizzativa di quest'ultima. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 211, rileva come la direzione unitaria nascente da contratto possa integrare sia la fattispecie di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c. sia la diversa fattispecie del coordinamento societario. Le due ipotesi si differenziano, tuttavia, in quanto, mentre nel primo caso il sorgere di una relazione di controllo determina la creazione di un gruppo verticale, i contratti o le clausole statutarie di cui all'art. 2497 *septies* c.c. danno vita ad un'entità a composizione paritetica entro la quale elaborare l'attività di direzione e coordinamento del gruppo. In particolare, afferma l'A. che, mentre nei gruppi verticali l'attività di direzione e coordinamento è la mera conseguenza di un fatto, qual è il rapporto di controllo, nei gruppi orizzontali essa è il portato di un atto di volontà delle società che vi sono sottoposte risultante da un contratto tra le stesse stipulato o da clausole dei loro statuti. Ritiene che l'art. 2497 *septies* c.c. si riferisca al solo gruppo paritetico anche SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 3, Torino, 2007, pp. 799 ss.

Tale lettura sembrerebbe trovare conforto nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 6/03 che motiva l'introduzione dell'art. 2497 *septies* c.c. proprio con l'opportunità di «separare la disciplina del controllo “verticale”, prevista dall'art. 2497 *sexies*, da quella del controllo “paritetico od orizzontale”». *Contra*, MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., p. 331; VALZER, cit., p. 871; GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, cit., p. 615, al quale «pare riduttivo limitare l'applicabilità dell'art. 2497 – *septies* al solo gruppo paritetico». Per l'A. infatti, se è lecito contrattualizzare i rapporti tra società indipendenti non c'è ragione per cui non debba ritenersi altrettanto lecito regolamentare il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti di società già controllate.

<sup>206</sup> MONTALENTI, cit., p. 331, afferma che l'art. 2497 *septies* c.c. farebbe riferimento proprio alle ipotesi di «regolamentazione contrattuale della direzione e coordinamento di gruppo tra società controllante e società controllate». TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di “coordinamento gerarchico”, “contratto di servizio” infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, cit., rileva come il contratto di coordinamento sia destinato a svolgere un ruolo di primo piano non solo nella costituzione, ma anche e soprattutto nella disciplina della dinamica della direzione e coordinamento. Nello stesso senso, DAL SOGLIO, cit., p. 2429, che individua quale contratto rilevante ai sensi dell'art. 2497 *sexies* c.c. il «contratto avente per oggetto immediato e diretto l'esercizio della direzione unitaria». Parla di «contratto di gruppo» o di «contratto di coordinamento gerarchico», VALZER, cit., p. 871, il quale afferma che tale contratto può essere il punto d'arrivo, nell'ottica dell'organizzazione del gruppo, dell'evoluzione di un precedente rapporto



verticali, abbia quale oggetto principale e immediato la sottoposizione di una società al controllo di un'altra<sup>207</sup>.

Ne deriva che, mentre i «particolari vincoli contrattuali» non incidono sull'organizzazione della società controllata, ma si sostanziano in clausole atipiche che trovano la loro causa nei contratti tipici cui afferiscono<sup>208</sup> ed in funzione del cui scopo generano la posizione di influenza dominante, i vincoli rilevanti ai fini dell'art. 2497 *septies* c.c. determinano una profonda e diretta incidenza, se non una vera e propria alterazione, della struttura organizzativa della società diretta<sup>209</sup>.

Così delineata, tale seconda tipologia di vincoli pare compatibile con le caratteristiche proprie del contratto di dominio che, quantomeno nella forma cd. debole<sup>210</sup>, a prescindere dalla sua legittimità<sup>211</sup>, troverebbe la

---

di controllo oppure può assurgere a momento genetico del gruppo. Secondo l'A. il contratto è volto ad individuare le funzioni aziendali da accentrare presso la società di vertice al fine del coordinamento delle imprese del gruppo e prevede il riconoscimento, in favore della stessa capogruppo, della possibilità di pianificazione dell'attività di gruppo, implicante la traslazione di competenze decisionali in relazione alla definizione degli obiettivi strategici. GIANNELLI, cit., p. 615, nel distinguere la direzione unitaria, «intesa come una mera situazione di fatto» che può originarsi da una relazione di controllo, dalla differente ipotesi «della direzione e coordinamento contrattuale ex art. 2497 *septies* c.c.», riconduce a tale ultima norma l'ipotesi in cui l'attività di direzione e coordinamento, pur di fatto preesistente, venga regolamentata attraverso un contratto «diretto da un lato a precisare i limiti di intervento della capogruppo, dall'altro a specificare gli obblighi di cooperazione delle società figlie e i doveri di attuazione delle direttive, volti a rendere l'attività di direzione e coordinamento più efficace rispetto al fine del perseguimento dell'interesse di gruppo, nei limiti dei vantaggi compensativi».

<sup>207</sup> *Contra*, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 49, il quale, alla luce del quadro normativo precedente alla riforma affermava l'assenza di «saldi appigli di natura letterale, sistematica o teleologica, per sostenere che nella definizione di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c., l'influenza dominante non è il nucleo centrale del contratto, bensì la conseguenza di altri rapporti contrattuali».

<sup>208</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 187.

<sup>209</sup> In tal senso, DAL SOGLIO, cit., p. 2440. VALZER, cit., p. 841, evidenzia il «netto cambiamento di prospettiva» realizzato attraverso l'introduzione dell'art. 2497 *septies* c.c. che, invece di fondarsi sul semplice fatto dell'effettivo esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, viene in rilievo in presenza di un contratto che «disponga l'esercizio di questa attività».

<sup>210</sup> TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratto di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, cit. sembrerebbe identificare i contratti cd. di collegamento o di coordinamento gerarchico con i contratti di dominio debole.

<sup>211</sup> Sul punto, PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, cit., p. 629, afferma l'irrilevanza della questione dell'intervenuta legittimazione del contratto di dominio attraverso l'art. 2497 *septies* c.c.: alla sua conclusione ed esecuzione

propria disciplina nella previsione di cui all'art. 2497 *septies* c.c., con conseguente irrilevanza del tema ai fini dell'analisi della fattispecie del controllo esterno<sup>212</sup>.

In definitiva, per dare un senso allo “sdoppiamento” dell'art. 2497 *sexies* c.c. nella sua originaria formulazione e non svuotare di contenuto il richiamo operato in quella sede all'art. 2359 n. 3 c.c., non può che escludersi la riconducibilità a tale ultima norma dei contratti aventi per oggetto diretto il dominio di una o più società<sup>213</sup>.

Devono, inoltre, ricondursi alla fattispecie di cui all'art. 2497 *septies* c.c. e, conseguentemente, vanno esclusi dall'ambito applicativo della disposizione in tema di controllo societario, i contratti istitutivi di un gruppo orizzontale, aventi ad oggetto la regolamentazione dell'attività di direzione e coordinamento di società tra loro indipendenti<sup>214</sup>.

Correttamente, invece, occorre identificare il “cuore” della fattispecie disciplinata dall'art. 2359, co. 1, n. 3, in vincoli accessori ad altri contratti o in clausole atipiche di contratti, generalmente di impresa, tipici<sup>215</sup>, caratterizzanti per l'essere fonte, solo indiretta, del potere di un contraente

---

spontanea conseguirebbe, infatti, in ogni caso, la realizzazione della fattispecie della direzione e coordinamento di società, in quanto integrante un fatto giuridico, che rileva a prescindere dalla legittimità degli atti posti in essere. Nello stesso senso, DAL SOGLIO, cit., p. 2439, secondo il quale la stipula di un contratto di dominio invalido «fa scattare comunque la disposizione in parola, proprio perché questa sembra prescindere dalla validità dell'atto e fondarsi sull'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento». Esclude, invece, la possibilità di assimilazione contenutistica dei contratti di cui all'art. 2497 *septies* c.c. ai contratti di dominio, quantomeno nella forma della «riduzione ad organo» prevista dal diritto tedesco, VALZER, cit., p. 881.

<sup>212</sup> *Contra*, ANGIOLINI, cit., pp. 84 ss., secondo la quale anche nella disciplina di cui all'art. 2497 *septies* c.c. il sistema è rimasto «impermeabile» ai contratti di dominazione. L'A., tuttavia, ammette che tra i contratti rientranti nella fattispecie disciplinata da tale norma possano rientrare quelli in virtù dei quali la società diretta ed i suoi amministratori si impegnano ad osservare le strategie imprenditoriali proposte dalla capogruppo, pur senza rinunciare ad ogni autonoma valutazione e decisione.

<sup>213</sup> DAL SOGLIO, cit., p. 2440.

<sup>214</sup> Vd. nota 205

<sup>215</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 187, secondo il quale le clausole atipiche sono valide in quanto trovano causa nel contratto cui afferiscono. Sono, invece, nulle se considerate isolatamente, in quanto integranti un vero e proprio atipico contratto di dominazione non meritevole di tutela secondo l'ordinamento, in virtù del principio di cui all'art. 1322, co. 2, c.c.

di esercitare un'influenza dominante nei confronti dell'altro, nonché per la strumentalità di tale posizione di forza rispetto alla realizzazione dello scopo principale del contratto cui afferiscono<sup>216</sup>.

Una volta differenziate le ipotesi riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 2359, n. 3. c.c. da quelle rilevanti ex art. 2497 *septies* c.c. pare consequenziale la individuazione della ragione che ha portato, solo nel primo caso, alla previsione di una presunzione relativa di esercizio di attività di direzione e coordinamento. Ed, infatti, posto che l'accertamento della esistenza del controllo esterno rappresenta una *quaestio facti* e che i vincoli in tal senso rilevanti non hanno quale oggetto immediato il dominio, ma sono accessori a contratti aventi oggetto e causa diversa, competerà al giudice, caso per caso, la valutazione in merito all'intensità dell'influenza derivante dal vincolo ed alla sua idoneità a dar luogo tanto ad una posizione di controllo esterno quanto all'esercizio di una vera e propria attività di direzione e coordinamento.

Al contrario, la riconducibilità alla fattispecie disciplinata dall'art. 2497 *septies* c.c. di un contratto avente ad oggetto la regolamentazione dell'attività di direzione e coordinamento si sostanzierà in un giudizio oggettivo, privo di discrezionalità.

Partendo da tali premesse, si rende necessario procedere all'individuazione dei vincoli rilevanti ai fini del controllo che, pur non potendo essere effettuata in astratto, impone la ricognizione delle loro caratteristiche più significative, imprescindibili affinché un contratto possa qualificarsi come fonte di una posizione di dominio.

Tale operazione interpretativa implica, in primo luogo, l'abbandono della risalente e diffusa impostazione tendente ad analizzare il fenomeno del controllo esterno sulla base di tipologie contrattuali astratte.

---

<sup>216</sup> FRE<sup>3</sup>-SBISA<sup>3</sup>, cit., p. 477.

## 2. La tesi tradizionale: critica

La dottrina interessata al tema ha, in passato, profuso i propri sforzi interpretativi nel tentativo di identificare quei contratti commerciali - generalmente ricondotti alle fattispecie dell'agenzia, somministrazione, distribuzione, subfornitura, *franchising* e licenza di marchio - che, in quanto fonte di una posizione di soggezione di un'impresa rispetto ad un'altra e condizione per la sopravvivenza dell'impresa debole<sup>217</sup>, venivano considerati quali indici presuntivi di una posizione di controllo esterno<sup>218</sup>.

Sebbene tale orientamento abbia a lungo dominato l'elaborazione dottrinale della fattispecie in esame, è stata già da tempo avvertita l'esigenza di una sua nuova e diversa ricostruzione<sup>219</sup>.

Mentre, infatti, la tesi tradizionale si fondava sull'erronea identificazione della posizione di dipendenza economica, nascente da tali contratti, con la più complessa relazione di controllo esterno, una più attenta ricostruzione di quest'ultima fattispecie conduce, invece, a ritenere che i contratti con cui venivano tradizionalmente identificati i «particolari vincoli

---

<sup>217</sup> Aderivano a tale orientamento, FRE' – SBISA', cit., p. 245; ANGELICI, *La partecipazione azionaria nelle società per azioni*, cit., p. 334; PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie*, cit., p. 584.

<sup>218</sup> Ritenere sussistente il controllo in tutte queste tipologie di contratti, secondo SPOLIDORO, *Gruppi di società e gruppi di imprese*, cit., p. 2204, condurrebbe a rinvenire il controllo contrattuale in un elevato numero di casi, in contrasto con il senso comune e con la rarità delle decisioni giurisprudenziali, che di fatto, in tali ipotesi lo ravvisano.

<sup>219</sup> ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., pp. 105 ss.; PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, cit., p. 584; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 290; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 277; MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., p. 33. LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 154, secondo il quale la «sopravvenuta alluvione di discipline sul controllo» pare aver introdotto elementi alla cui luce il tema merita nuovo approfondimento anche nel senso di valutare la convenienza della ricostruzione proposta. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 43, afferma che la ricerca sul tema non deve essere indirizzata verso un progressivo arricchimento dell'elencazione delle figure contrattuali che più frequentemente possono dar luogo a fenomeni di controllo esterno, in quanto un approccio casistico, per quanto dettagliato, non riesce ad evitare il sorgere di lacune e di ipotesi non considerate.

contrattuali», pur potendo di frequente dare origine a fenomeni di controllo esterno, non sono inscindibilmente ad esso collegati<sup>220</sup>.

E' necessario, in proposito, ribadire le considerazioni svolte in sede di analisi dell'elemento dell'influenza dominante per rilevare come, qualificato l'accertamento del controllo esterno quale *quaestio facti*, risulta imprescindibile la valutazione in concreto del contenuto del vincolo e della sua idoneità a creare una situazione di influenza dominante sull'attività della controllata globalmente intesa<sup>221</sup>, avente le caratteristiche delineate nel precedente capitolo.

Tale influenza, necessariamente effettiva e positiva, non può, dunque, ricorrere per effetto della mera esistenza di un vincolo generante una posizione di debolezza di una delle parti solo potenzialmente rilevante ai fini del controllo<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Tale orientamento, originariamente sostenuto da PASTERIS, *op. cit.*, pp. 27 ss., è stato successivamente abbandonato dalla dottrina prevalente nel tentativo di "oggettivazione" dei presupposti del controllo esterno. Per la ricostruzione dei termini del dibattito sul tema, RIMINI *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 21 ss., ove ampi riferimenti bibliografici. In giurisprudenza, il Tribunale di Torino, sentenza 21 aprile 1986, cit., ha sottolineato come l'influenza esercitabile in virtù della mera posizione di mercato non può ritenersi discendere da un vincolo contrattuale *inter partes*, che attribuisca all'impresa forte il potere di condizionare l'altrui attività. L'opzione in favore di tale tesi, secondo il Tribunale, consente di delimitare l'ambito applicativo della norma, altrimenti dilatabile in modo eccessivo.

<sup>221</sup> In tal senso, Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, in Soc., 2002, p. 316, secondo la quale, «escluso che nel quadro attuale della normativa di riferimento esista una specifica tipologia di contratti di dominio o di controllo di impresa e dovendosi desumere il carattere «esistenziale» del vincolo non dal tipo di contratto ma dal concreto atteggiarsi del suo contenuto, che lo renda, nel caso singolo, vitale per la controllata, ne consegue che l'accertamento circa l'attitudine o meno di un dato rapporto negoziale a porre una delle parti in quella particolare situazione di predominio caratteristica del controllo esterno, ex art. 2359, n. 3 c.c., si risolve, in definitiva, in una *quaestio facti*».

<sup>222</sup> Secondo SBISA', *Società controllate e società collegate*, cit., p. 342, non basta l'astratta idoneità del vincolo a costituire la condizione di sopravvivenza dell'impresa, ma occorre che l'influenza dominante risulti in concreto da particolari vincoli di subordinazione, ulteriori rispetto alla disciplina tipica dell'accordo. Per l'A., non può, quindi, ritenersi esistente «una tipologia contrattuale unitaria tale da integrare di per se stessa gli elementi costitutivi della fattispecie. In altre parole, non è il tipo di contratto che di per sé comporta l'esistenza del rapporto di controllo, ma il concreto atteggiarsi del suo contenuto, come è messo in luce dall'uso, nella definizione dell'art. 2359, n. 3 dell'aggettivo «particolari», che sta ad indicare quei vincoli che caratterizzano il contratto nel singolo caso». Nello stesso senso MANZINI, *Abuso del controllo contrattuale societario esterno*, Dir. Prat. soc. 2002, p. 75 ss., il quale ribadisce che l'influenza dominante deriva da un predominio economico e fattuale e non da una situazione di supremazia che possa essere preventivamente definita da un punto di vista giuridico, con la

In altre parole, non è possibile individuare in fattispecie contrattuali astrattamente considerate degli indici presuntivi di controllo esterno che assumano la stessa forza e lo stesso valore delle soglie partecipative rilevanti ai sensi dell'art. 2359, co. 1, nn. 1 e 2 c.c.<sup>223</sup>. Aderendo a tale impostazione, infatti, si finirebbe col neutralizzare le evidenziate e significative differenze strutturali esistenti tra le diverse fattispecie disciplinate dalla norma, ma, soprattutto, si accedrebbe ad un'applicazione della stessa ingiustificatamente rigida, siccome non sostenuta da adeguati elementi testuali.

Pare, invece, che tale impostazione debba essere completamente ribaltata, in quanto una corretta ricostruzione della fattispecie presuppone un'analisi dell'accordo esistente tra le imprese che, pur assumendo la forma di un ordinario contratto, si caratterizzi per la presenza di un vincolo di subordinazione ulteriore rispetto alla normale disciplina tipologica dell'accordo<sup>224</sup>, da cui discenda l'attribuzione ad una delle parti contraenti di un potere di ingerenza "qualificato" sulla gestione dell'altrui impresa.

---

conseguenza che «l'elemento determinante non è in nessun caso il tipo di contratto ma il grado di dipendenza economica che ad esso consegue».

<sup>223</sup> Rileva in proposito RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 86, che la dimostrazione dell'esistenza della fattispecie del controllo esterno non può beneficiare, a livello normativo, di presunzioni assolute in senso tecnico, ma è solo possibile fare affidamento sulla presenza di taluni indici rilevatori che risultino in grado di «alleggerire l'onus probandi».

<sup>224</sup> MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., p. 35, esemplificativamente rileva che, perché un contratto possa dar luogo a controllo, è richiesta l'attribuzione ad una parte di poteri eccedenti, anche per la quantità, la misura dei normali contratti di commercio, non essendo, viceversa, sufficiente una situazione forte di mercato da parte di un contraente. Del pari, non dà luogo a controllo il vincolo che preveda una dipendenza meramente tecnica, funzionale alla corretta esecuzione del contratto che non si traduca in una dipendenza decisionale e gestionale. Vanno, pertanto, distinti i vincoli, pur intensi, ma produttivi di effetti naturali o usuali da quelli ulteriori che condizionano l'intera attività di una delle parti in favore dell'altra e che ne eliminano l'autonomia decisionale o gestionale anche negli aspetti diversi dall'oggetto principale dell'accordo. CARBONE, *Un contrastato caso di "controllo esterno" tra società di capitali*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1430, ritiene che i vincoli contrattuali rilevanti ex art. 2359 c.c. siano contratti ordinari che per il loro contenuto o per le clausole ivi inserite e per i vincoli imposti ed accettati dalla controllata finiscono con l'attribuire ad uno dei contraenti una situazione di predominio, una posizione contrattualmente dominante rispetto alla controparte che «al di là dell'apparente autonomia giuridica è alla totale dipendenza economica della prima». Sull'interpretazione dell'espressione «particolari vincoli contrattuali» come «vincoli che caratterizzano il contratto nel singolo caso»,

Tuttavia, nonostante la limitata e più recente giurisprudenza occupatasi del tema tenda ad allontanarsi dalla tradizionale impostazione per privilegiare un giudizio di natura casistica, non giunge sino al punto di abbandonare il riferimento ad una necessaria situazione di soggezione economica, ancora qualificata come elemento indispensabile della fattispecie.

Ed, infatti, le linee guida tracciate dai giudici di merito e di legittimità per l'esame del contenuto dei vincoli contrattuali sembrano seguire una duplice direzione: da un lato, viene evidenziata la necessità di valutare l'esistenza di un accordo da cui derivi una posizione di soggezione economica di una parte nei confronti dell'altra, idonea a rappresentare la condizione di sopravvivenza dell'impresa debole<sup>225</sup>; d'altro canto, si considera imprescindibile la verifica dell'attribuzione alla controparte di poteri di ingerenza determinanti sulla gestione di quest'ultima, dotati della necessaria stabilità e, soprattutto, anomali rispetto alle caratteristiche tipiche del contratto stipulato<sup>226</sup>.

Solo all'esito della verifica della sussistenza di entrambe le condizioni, secondo tale ricostruzione, sarebbe possibile valutare se la posizione di subordinazione di una delle società rientri nelle conseguenze "tipiche" del vincolo, assumendo un carattere meramente tecnico o strumentale rispetto alla corretta esecuzione del negozio o, al contrario, determini il passaggio da una situazione di mera forza contrattuale, di cui un'impresa può

---

in relazione al concreto atteggiarsi del loro contenuto ed a prescindere dal particolare tipo contrattuale anche PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, cit., p. 630; FRE' – SBISA', cit., pp. 479 ss.

<sup>225</sup> In tal senso, Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, cit., secondo la quale sussiste una «situazione di controllo per l'influenza dominante (...) in virtù di particolari vincoli contrattuali, in presenza, appunto, di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità d'impresa della società cosiddetta controllata».

<sup>226</sup> Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, cit., p. 2829, con nota di PERRINO, *Il gruppo di società tra fatto e contratto*.

naturalmente disporre, ad una vera e propria posizione di controllo esterno sull'impresa debole<sup>227</sup>.

### 3. Elementi caratteristici del vincolo: la soggezione economica

Pur non condividendosi a pieno la qualificazione della soggezione economica in termini di elemento imprescindibile della fattispecie del controllo esterno, non può negarsi che, generalmente, la nascita di tale relazione trovi la propria giustificazione, per la controllata, in ragioni di opportunità<sup>228</sup> o di vera e propria necessità; per la controllante, nella posizione di predominio economico che, per effetto della situazione di debolezza della controllata, essa consegue o rafforza.

Risponde, infatti, ad una prassi consolidata la tendenza delle imprese economicamente più forti a non accontentarsi di sfruttare a proprio vantaggio l'asimmetria di potere negoziale esistente nei confronti delle controparti, limitandosi alla previsione di condizioni contrattuali di particolare favore in termini di congruità dello scambio, bensì a tradurre tale posizione di forza in un vero e proprio potere di ingerenza e direzione dell'altrui impresa, esercitato in settori strategici della sua attività<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo "contrattuale"*, cit., pp. 360 ss., evidenzia come i contratti cui tradizionalmente veniva attribuita la natura di vincoli rilevanti ex art. 2359, n. 3, c.c. diano, al contrario, luogo a posizioni di dipendenza meramente tecnico – produttiva connaturata alla funzione del contratto. Tale situazione, per l'A., si verifica di frequente nei contratti di brevetto, di *franchising*, di somministrazione in cui i controlli o vincoli produttivi, contabili e commerciali imposti rappresentano una clausola tipica e, soprattutto, funzionale alla tutela del marchio, della qualità e, complessivamente, della notorietà del concedente, il quale deve assicurarsi che i beni fabbricati o commercializzati da altri siano dotati dei *know how* e degli *standards* merceologici idonei a garantire l'omogeneità qualitativa rispetto ai propri prodotti: «il selettivo controllo sulla distribuzione ha di norma una natura ed una funzione completamente differenti dalla nozione di controllo contrattuale ex art. 2359 c.c.». *Contra*, LEMME, *Il governo del gruppo*, cit., pp. 136 ss., il quale, pur riconoscendo che l'ingerenza del licenziatario sia resa possibile dalla logica stessa del contratto, attribuisce a tali vincoli la configurazione di contratto di controllo o «tipico contratto di gruppo».

<sup>228</sup> PASTERIS, *op. cit.*, pp. 80 – 81, secondo il quale quando l'«interesse alla soggezione» viene meno la controllata esterna può sottrarsi al dominio.

<sup>229</sup> LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 185 – 186.



Appare evidente che, in tali situazioni, per l'impresa debole, la scelta di assoggettarsi all'altrui influenza rappresenta una vera e propria esigenza, fondata sulla consapevolezza che all'interruzione di ogni rapporto con la controparte conseguirebbe un danno irreparabile che si traduce, nei casi più gravi, nell'impossibilità di continuare la propria attività.

A tanto consegue che una corretta analisi della fattispecie del controllo contrattuale non può prescindere dall'individuazione dei confini e delle caratteristiche di tale posizione di soggezione, nonché degli elementi del vincolo ritenuti sintomatici della stessa<sup>230</sup>.

Posta in tali termini la questione appare evidente come la «soggezione economica», individuata quale elemento caratterizzante il controllo esterno, evochi la ormai tipica fattispecie della «dipendenza economica», il cui abuso è sanzionato dall'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192<sup>231</sup>, con la conseguenza che dall'evoluzione dottrina e giurisprudenziale relativa a tale fattispecie è possibile trarre indicazioni utili in merito ai caratteri ed alle possibili manifestazioni dello stato di soggezione rilevante ai fini del controllo contrattuale<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> In tal senso RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 65.

<sup>231</sup> Sul tema, in particolare, CASO – PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in Riv. Dir. Priv., 1998, pp. 712 ss.; ROSAPEPE, *Attività d'impresa e dipendenza economica*, Salerno, 2000; PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in Riv. Dir. Civ., 2000, pp. 389 ss.; PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004; NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in Riv. Dir. Comm., 2006, pp. 792 ss.; AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti d'impresa (B2b)*, in Contr. imp., 2008, pp. 1333 ss.; CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009.

<sup>232</sup> Va, peraltro, rilevato sul punto come le interferenze tra la fattispecie del controllo contrattuale e quella dell'abuso di dipendenza economica siano tanto significative da dar luogo ad un fenomeno di "rinvii biunivoci". Si registra, infatti, non solo la tendenza a considerare alcune ipotesi tipiche di dipendenza economica quali situazioni rilevanti ai fini del controllo esterno, quanto a «prendere in prestito», nell'ambito del tentativo di classificazione delle clausole contrattuali che possono generare dipendenza economica, talune di quelle ritenute idonee a far sorgere posizioni di controllo esterno. Così, NATOLI, *op. cit.*, pp. 120 ss.. Ne consegue una sostanziale, seppur parziale, identificazione tra le fattispecie.

L'art. 9 definisce la dipendenza economica come la «situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

Alla base del concetto di dipendenza economica vi è, dunque, la situazione in cui un soggetto si trova a dover contrattare con una parte che nei suoi confronti si presenta come monopolista o quasi monopolista e che si traduce in un minor potere contrattuale della parte debole nonché in una limitazione della sua capacità di contrarre liberamente con tutte le altre imprese presenti sul mercato<sup>233</sup>.

Tale posizione di debolezza può manifestarsi tanto nella fase genetica del contratto quanto nel momento successivo della sua rinegoziazione<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> PINTO, cit., pp. 401 ss., il quale osserva che la dipendenza economica si caratterizza per il fatto che l'impresa forte, pur non detenendo una quota elevata del mercato di riferimento e, dunque, non trovandosi in posizione dominante in senso assoluto, sia comunque, in grado di tenere, nei confronti del proprio partner commerciale, comportamenti in tutto e per tutto analoghi a quelli che il monopolista può imporre a tutti gli operatori presenti sul mercato. Per l'A. la reale possibilità, per l'impresa debole, «di reperire sul mercato alternative soddisfacenti è l'unico criterio *legale* di accertamento della dipendenza economica. Esso non è, però, criterio esclusivo, visto che è lo stesso legislatore a sottintendere la possibilità di far uso anche di canoni non espressamente nominati». Nello stesso senso, MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, pp. 139 ss., secondo la quale, accanto alla assenza di alternative soddisfacenti il legislatore ha voluto «attribuire rilevanza alla partecipazione dell'impresa forte alla costruzione dello stato di dipendenza» che le consente di determinare lo squilibrio. Cfr., Tribunale di Bari, ordinanza 6 maggio 2002, in Foro It., 2002, pp. 2178 ss., secondo il quale la mancanza di alternative soddisfacenti non è l'unico criterio «sul quale debba fondarsi la valutazione della dipendenza economica avendo il legislatore lasciato spazio ad altri parametri dei quali ha ommesso la semplificazione, proprio per la eterogeneità degli stessi»; Tribunale di Bari, 17 gennaio 2005, in Contratti, 2005, pp. 893 ss., secondo il quale la dipendenza economica consiste nell'astratta capacità di una parte di esercitare il proprio potere contrattuale per imporre all'altra condizioni eccessivamente gravose per quest'ultima a proprio esclusivo vantaggio. L'aggettivo «astratta» necessariamente connota il concetto di dipendenza economica in quanto esso esprime la mera potenzialità di abuso, ovvero la sola possibilità che ha l'impresa che di tale dipendenza si avvantaggia, di abusarne. *Contra*, NATOLI, *op. cit.*, p. 112, il quale individua come fonte di dipendenza economica esclusivamente quei contratti che, «dando forma giuridica ad operazioni economiche caratterizzate da investimenti specifici e difficilmente riconvertibili, “indeboliscono” una parte perché la privano di alternative soddisfacenti di mercato».

<sup>234</sup> Ormai tradizionale nell'ordinamento tedesco è la individuazione di quattro situazioni tipiche di dipendenza economica: a) dipendenza da assortimento, sussistente qualora un'impresa, per mantenere inalterata la propria capacità concorrenziale, abbia bisogno di

Secondo la ricostruzione proposta dai giudici di legittimità<sup>235</sup>, con specifico riferimento alla posizione di soggezione rilevante ai fini del controllo esterno, ciò su cui occorre indagare è, sostanzialmente, l'esistenza, al momento della stipula del vincolo, di un'effettiva libertà di scelta in capo alla società "debole"<sup>236</sup>, tanto in ordine alla decisione di contrarre con un'impresa forte, quanto in termini di effettiva partecipazione alla determinazione del contenuto del negozio<sup>237</sup>.

Sintomatica della posizione di dipendenza è, poi, in una fase successiva, la possibilità, per il contraente debole, di liberarsi dal vincolo contrattuale ritenuto vessatorio e di procurarsi concrete alternative ad esso, instaurando identiche o analoghe relazioni imprenditoriali con altri operatori del medesimo settore, nonché di superare la cd. prova di "resistenza", ossia di

---

disporre nel proprio assortimento del prodotto fornito da altra impresa; b) dipendenza da penuria, generata dall'assenza di alternative concorrenzialmente accettabili alla instaurazione di relazione commerciali con una determinata impresa che fornisce un prodotto naturalmente scarso, le cui fonti di approvvigionamento abbiano subito una improvvisa riduzione; c) dipendenza dell'impresa, derivante dall'adattamento dell'organizzazione aziendale di un'impresa alla domanda o offerta di un'altra con cui intercorrono durature relazioni commerciali, sì da rendere non reale la possibilità di rivolgersi ad altre imprese senza subire uno svantaggio nella concorrenza; d) dipendenza del fornitore, esistente là dove un'impresa fornitrice abbia come cliente unicamente o principalmente un'unica altra impresa.

<sup>235</sup> Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, cit.

<sup>236</sup> Emergono, sotto questo profilo, le innegabili analogie con la fattispecie della dipendenza economica in relazione alla quale afferma, NATOLI, *op. cit.*, p. 114, che non è mai la sproporzione tra le prestazioni di per sé a dar luogo all'abuso e, conseguentemente, a giustificare la tutela, ma il fatto che essa sia stata determinata da fattori esterni e quindi non sia il frutto di una libera scelta. Rileva, sul punto, DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 426, che non vi è dipendenza economica suscettibile di sfociare in abuso ove la presenza di un contratto fortemente squilibrato non dipenda dalla debolezza o dal minore potere contrattuale di una delle parti, bensì dalla semplice «inettitudine di una di queste a far valere i propri interessi».

<sup>237</sup> CARDARELLI, *Controllo contrattuale ed abuso della posizione di controllante*, in nota a Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, cit., evidenzia come l'*iter* logico seguito dalla Cassazione nell'accertamento della posizione di controllo contrattuale si bipartisca: da un lato, esso afferisce al rapporto contrattuale in sé ed agli effetti da questo prodotti tra le parti, dall'altro, riguarda la libertà decisionale dell'imprenditore assoggettato al controllo e, complessivamente, l'organizzazione imprenditoriale delle due imprese.

rimanere sul mercato anche successivamente all'interruzione del rapporto contrattuale<sup>238</sup>.

In concreto, significative indicazioni in merito alla posizione di debolezza di una delle parti possono essere tratte dalle dimensioni dell'impresa "dipendente" in quanto incidenti sulla maggiore o minore capacità di quest'ultima di diversificare la propria attività, destinandola ad un elevato numero di interlocutori.

Tuttavia, appare evidente che, indipendentemente dalle dimensioni delle imprese, l'esistenza di un patto di esclusiva neghi *a priori* la possibilità, per la parte debole del rapporto, di reperire sul mercato altri *partner* commerciali. Tale situazione rappresenta certamente il cuore della dipendenza economica, in quanto determina l'integrale destinazione della propria attività imprenditoriale ad un unico soggetto<sup>239</sup>.

Medesimo risultato è, tuttavia, prodotto, anche in assenza di un patto di esclusiva, dalla circostanza che, in considerazione della particolare attività

---

<sup>238</sup> La Cassazione, nella citata sentenza 27 settembre 2001, n. 12094, giunge, infatti, a negare la sussistenza, nella fattispecie sottoposta al suo esame, della posizione di controllo esterno sulla base della considerazione per cui alle società ricorrenti «non erano mancate offerte di altri stilisti, pur affermati e, quindi, le concrete possibilità di operare scelte diverse». I giudici di legittimità hanno, peraltro, ribadito le conclusioni cui era pervenuta la Corte d'Appello di Milano nella sentenza del 28 aprile 1994, in Soc., 1995, p. 74, con la quale si affermava che il controllo «non sussiste là dove la società che si assume controllata possa sciogliersi dai vincoli contrattuali che la legano alla controllante ed instaurare identici rapporti contrattuali con altre società». Nello stesso senso, il Tribunale di Bari, ordinanza 6 maggio 2002, cit., pp. 2178 ss., che qualifica come criterio base per individuare la dipendenza economica quello della «mancanza di alternative soddisfacenti rispetto al rapporto commerciale con l'impresa dominante» la cui verifica potrà essere condotta attraverso l'esame del mercato in cui le parti operano, al fine di riscontrare se sussistono, per il contraente debole, possibilità concrete di reagire all'abuso.

<sup>239</sup> NOBILI – VITALE, *op. cit.*, p. 152, tuttavia, giungono ad affermare che l'esigenza di valutare in concreto la piena libertà contrattuale dell'impresa, quale indice indispensabile ai fini della configurazione di una posizione di dipendenza, non venga meno neppure nell'ipotesi di un contratto contenente un patto di esclusiva, in quanto la scelta di un'impresa di destinare ad un'altra il 100% della propria produzione ben potrebbe essere sostenuta da una libera valutazione di convenienza delle parti contraenti. Nello stesso senso, NATOLI, *op. cit.*, pp. 123 ss., il quale, pur riconoscendo che una clausola di esclusiva apposta in un contratto sinallagmatico annulli per definizione le alternative di una parte, non omette di rilevare come questa assenza di sbocchi alternativi nel corso della durata del rapporto contrattuale possa non generare uno stato di dipendenza economica suscettibile di abuso e, addirittura, risultare in linea con gli interessi della stessa parte vincolata.

svolta dal contraente o del particolare sistema di distribuzione o produzione da questi utilizzato, l'impresa debole sia costretta ad adeguarvi la propria organizzazione<sup>240</sup>. In tale ipotesi, le significative difficoltà che questa incontrerà oltre che durante il rapporto, anche alla sua scadenza, nel reimpiegare in nuove relazioni commerciali gli investimenti effettuati e le conoscenze acquisite, indurrà l'imprenditore a rinnovare il precedente contratto, pur a condizioni a lui sfavorevoli. Si parla, al riguardo, di «investimenti idiosincratici», proprio in quanto effettuati in funzione di una determinata relazione d'affari ed, al tempo stesso, difficilmente recuperabili in usi alternativi<sup>241</sup>.

In tutte le situazioni esemplificativamente richiamate appare particolarmente evidente il «carattere esistenziale»<sup>242</sup> del vincolo che, in quanto condizione di esistenza e sopravvivenza della società controllata, configura la particolare situazione di dipendenza cui, secondo la richiamata ricostruzione proposta dai giudici di legittimità, consegue la nascita della posizione di controllo esterno.

Prevalente è, infine, l'orientamento tendente a non ritenere sintomatici della «insostituibilità» del *partner* forte e, soprattutto, della stabilità della relazione, la breve durata del vincolo<sup>243</sup> e la sua rinnovabilità<sup>244</sup>: in tali casi,

---

<sup>240</sup> Sul punto, FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri e Zoppini, Bari, 2008, p. 168. NATOLI, *op. cit.*, p. 125, distingue l'impossibilità «giuridica» di reperire sul mercato alternative soddisfacenti, derivante dalla presenza della clausola di esclusiva, da quella «reale» legata agli investimenti specifici dell'impresa.

<sup>241</sup> Sul tema, DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 843. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 270 ss. DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000, p. 117; ID., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, cit., p. 2163, sottolinea come nel contratto di *franchising* l'affiliato svolga un'attività di promozione della vendita di prodotti contraddistinti con il marchio di un altro imprenditore, «di modo che si lavora per incrementare una clientela legata a quel marchio e non all'affiliato, con la conseguenza che alla cessazione del rapporto questa clientela per l'affiliato andrà perduta, perché rimarrà legata al marchio dell'affiliante».

<sup>242</sup> CARDARELLI, *Controllo contrattuale ed abuso della posizione di controllante*, cit., p. 321.

<sup>243</sup> Sul punto, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 66 ss., il quale ritiene, tuttavia, che non sia possibile trarre soluzioni aprioristicamente certe sulla stabilità del controllo esterno osservando il mero dato relativo alla durata del contratto. Nonostante, infatti, la diffusa

infatti, il contratto non prevederà alcun limite oggettivo che impedisca alle parti di svincolarsi da un rapporto ritenuto vessatorio.

Evidentemente, però, nessuno degli elementi sin qui considerati può, da solo, ritenersi sufficiente ad escludere o ad affermare la sussistenza di una situazione di soggezione economica, configurandosi il relativo giudizio, al pari della verifica della nascita di un rapporto di controllo esterno, quale accertamento fondato su presunzioni e su elementi sostanzialmente indiziari, onde si rende necessario valutare complessivamente le caratteristiche del vincolo e della stessa relazione *inter partes* alla ricerca di indici plurimi, gravi, precisi e concordanti.

Come anticipato, tuttavia, siffatta ricostruzione dei caratteri del vincolo rilevante ai fini del controllo appare parziale in quanto né l'esistenza di una posizione di forza di un contraente rispetto ad un altro e, dunque, di un'asimmetria di potere contrattuale legittimamente utilizzata dal contraente forte al fine di determinare in modo a sé più favorevole le condizioni del

---

considerazione secondo la quale i particolari vincoli dovrebbero essere previsti in contratti di lunga durata o conclusi a tempo indeterminato, un'influenza dominante stabile potrebbe anche manifestarsi attraverso l'imposizione di accordi di breve durata idonei a mantenere il contraente debole, per effetto dell'impossibilità di godere di qualsiasi autonomia, in uno stato di totale dipendenza. Del pari, la stipula di un contratto di lunga durata o a tempo indeterminato attinente ad aspetti fondamentali della vita di un'impresa può essere operazione caratterizzata oltre che da un'intrinseca stabilità, anche da grande incertezza, «tanto da consentire il risultato di sovvertire gli stessi ruoli di controllante e controllato. E ciò per la possibilità, tutt'altro che teorica, che la parte originariamente sottomessa alteri gli equilibri degli accordi».

<sup>244</sup> Secondo FABBio, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 170, una dipendenza risultante dalla continuità del rapporto non solo è meno tangibile e, dunque, più difficilmente misurabile rispetto ad una dipendenza da investimento, ma non sembrerebbe, neppure meritevole di protezione: «una tutela che si risolvesse nel riconoscere fondamentalmente un diritto alla prosecuzione del rapporto per un tempo indefinito, ad arbitrio del soggetto dipendente (fatta salva forse la giusta causa), porterebbe ad un irrigidimento eccessivo, a livello della fornitura o dell'acquisto, delle strutture di mercato esistenti». Tale necessaria prosecuzione comporterebbe, dunque, «un effetto di chiusura degli accessi dei nuovi entranti, e verosimilmente anche di riduzione dello stimolo concorrenziale per le imprese che verrebbero ad essere così protette».

contratto, né, tantomeno, l'abuso di tale posizione è, di per sé, suscettibile di sfociare in una situazione di controllo esterno<sup>245</sup>.

Del pari, non sembra possibile individuare la soggezione, normativa o economica, di un'impresa ad un'altra, quale elemento imprescindibile della relazione di controllo contrattuale non potendosi escludere *a priori* che essa nasca per effetto di una scelta consapevole e del tutto volontaria delle parti<sup>246</sup>.

In definitiva, l'unico elemento realmente necessario e sufficiente per la configurazione della fattispecie in esame deve identificarsi nella possibilità, derivante dal vincolo contrattuale, per la controllante, di influire positivamente sull'attività gestoria della controllata e di indirizzarne talune scelte strategiche. Solo la sussistenza di tale potere è, infatti, idonea a produrre effetti equivalenti a quelli derivanti dalla relazione di controllo interno<sup>247</sup>.

#### **4. I poteri di ingerenza**

Il passaggio dalla posizione di forza contrattuale derivante dal potere di mercato alla nascita di una relazione di controllo esterno è, infatti, segnato dal potere di una parte di influenzare con continuità e stabilità, «in virtù» del vincolo negoziale, le strategie e le scelte gestorie dell'impresa della

---

<sup>245</sup> In tal senso, invece, Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, cit. Originale appare, invece, la posizione assunta da ANGIOLINI, cit., pp. 92 ss., secondo la quale, mentre la mera situazione di dipendenza economica non risulta sufficiente ai fini della configurabilità della fattispecie del controllo esterno, «l'abuso di dipendenza economica è configurabile come una delle ipotesi di dominio societario abusivo». A ciò si aggiunga che l'A. riconduce l'ipotesi descritta dall'art. 9 della legge sulla subfornitura tra le violazioni dei principi di corretta gestione imprenditoriale. Attraverso tale ricostruzione, l'A., che, come rilevato distingue l'abuso del controllo dall'esercizio abusivo di attività di direzione e coordinamento, individua le ipotesi in cui la tutela apprestata dall'art. 2497 c.c. può essere applicata alle ipotesi di controllo esterno.

<sup>246</sup> Afferma, in proposito, LOFFARI, *Sul controllo esterno – contrattuale in materia societaria*, in Giust. Civ., 2004, p. 2430, che la situazione di controllo esterno si distingue da quella prevista e disciplinata dall'art. 9 della l. 192/98, in quanto, mentre la prima sicuramente presuppone una situazione di dipendenza economica, non è vero l'inverso.

<sup>247</sup> Sull'insufficienza della mera dipendenza economica, anche se determinante ai fini della sopravvivenza della società dominata, in assenza di vincoli idonei a produrre effetti equivalenti al controllo interno, GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 180.

controparte, nella maggior parte dei casi impedendole di affrancarsi da tale potere senza mettere a repentaglio la sua stessa sopravvivenza<sup>248</sup>.

Tale confine appare superato ogni qualvolta i poteri di una parte sull'altra risultino quantitativamente e qualitativamente più incisivi e pregnanti di quelli caratterizzanti il normale contenuto del tipo contrattuale prescelto<sup>249</sup>. In altre parole, sebbene alcune fattispecie negoziali determinino fisiologicamente uno «squilibrio di diritti e di obblighi» delle parti contraenti non si può parlare di controllo fino a quando la dipendenza meramente tecnica da esse nascente non assuma i connotati di una dipendenza gestionale vera e propria<sup>250</sup>.

L'insufficienza dell'influenza "tecnica" ai fini della qualificazione del rapporto come «particolare vincolo» rilevante ai sensi dell'art. 2359, n. 3, c.c. pare, peraltro, confermata dalle stesse argomentazioni addotte dai fautori dell'orientamento tradizionale a sostegno della tesi della "tipicità" dei

---

<sup>248</sup> ANGIOLINI, cit., p. 77.

<sup>249</sup> MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., p. 35.

<sup>250</sup> MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., pp. 35 ss., esamina il contenuto caratteristico delle diverse tipologie contrattuali al fine di distinguere gli elementi «tipici» del vincolo da quelli «particolari», che lo rendono idoneo a costituire una posizione di controllo esterno. Partendo, dunque, dai contratti di produzione l'A. afferma che «la normale dipendenza da tecnologie innovative derivante per definizione dalle licenze di brevetto non sembra interferire in modo di per sé significativo sulla individuazione del rapporto di controllo, rilevando piuttosto a tal fine l'eventuale ulteriore dipendenza finanziaria e commerciale (quest'ultima soprattutto in relazione a vincoli ampi e unilaterali sulle condizioni di distribuzione del prodotto fabbricato su licenza, del quale, invece, il licenziatario dovrebbe disporre in piena libertà nell'ambito territoriale assegnatogli)». Rimarrebbe, dunque, nell'ambito della dipendenza «tecnica», funzionalmente correlata al sistema di fabbricazione, la dipendenza del subfornitore o dell'appaltatore rispetto alle specifiche direttive tecniche e produttive del committente, non implicando alcuna dipendenza gestionale o decisionale, «mentre potrebbe esulare da tale normalità – costituendo l'indice di un rapporto di controllo – l'obbligo contrattuale, a carico del subfornitore o licenziatario, di trasmettere in via esclusiva e unilaterale al concedente l'ulteriore tecnologia, indipendente dall'oggetto della concessione, derivante dall'attività di ricerca e di sviluppo del primo». Del pari, l'A. individua quale effetto naturale dei contratti di distribuzione l'intensa integrazione tra le parti e la presenza di clausole di esclusiva e di controllo sulle tecniche commerciali a favore di una di esse, sintomatiche della sola posizione di contraente forte o, al limite, del carattere vessatorio del patto. In definitiva, per l'A. (p. 57) rientra nel mero «controllo tecnico» il monitoraggio della produzione e della contabilità del licenziatario o della società fornitrice, in quanto trattasi di previsioni tendenzialmente frequenti nelle clausole dei contratti di licenza o di analoghe concessioni ed, in ogni caso, necessarie a consentire alla licenziante o alla committente di verificare la regolare esecuzione dell'accordo.



particolari vincoli contrattuali. L'affermazione secondo cui esistono categorie contrattuali naturalmente produttive di controllo è, infatti, generalmente accompagnata dal rilievo per cui, in tali fattispecie, agevolmente la dipendenza meramente tecnica può trasformarsi in dipendenza gestionale<sup>251</sup>.

Proprio in tale assunto deve individuarsi la conferma che la sola dipendenza tecnica non sia idonea a fondare una posizione di controllo ove non si traduca nel potere di determinare la volontà gestionale della controparte mediante la previsione di patti ulteriori che al vincolo sono normalmente estranei<sup>252</sup>.

Partendo dalla considerazione generale per cui rappresenta un vincolo rilevante ai fini del controllo il complesso di «clausole speciali» in virtù delle quali un parte sia in grado di influire sulle scelte gestorie fondamentali dell'altra<sup>253</sup>, si rende, a questo punto, indispensabile individuare la reale fonte del potere di influenza del contraente «forte». In altre parole, occorre comprendere se l'esercizio dell'influenza dominante rappresenti una conseguenza di mero fatto dello stato di dipendenza economica che

---

<sup>251</sup> SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, cit., p. 157, non esclude che possano esistere dei contratti commerciali «normalmente produttivi di controllo ex art. 2359, pur nel rispetto della loro disciplina tipica». L'A. non ritiene, infatti, necessario che i vincoli contrattuali produttivi del controllo debbano essere particolari nel senso di «ulteriori» rispetto alla normale disciplina tipologica dell'accordo in quanto tale conformità dei fatti alla fattispecie non implica che gli stessi fatti non possano rientrare anche in fattispecie diverse. A tale affermazione, tuttavia, si accompagna l'ulteriore considerazione per cui se la dipendenza tecnica venisse utilizzata quale strumento per favorire la cooptazione degli amministratori «la stessa aggettivazione della dipendenza come tecnica diventerebbe del tutto secondaria».

<sup>252</sup> MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo "contrattuale"*, cit., p. 366.

<sup>253</sup> ANGIOLINI, cit., p. 77, la quale ribadisce la «improponibilità» di un concetto di controllo contrattuale così debole da comprendere ogni relazione contrattuale caratterizzata da una subordinazione dell'impresa più debole o da clausole di esclusiva a vantaggio di una sola parte, in assenza di vincoli unilaterali attributivi di un potere gestorio determinante.

attraverso il contratto, avente oggetto e scopo diversi, si viene a creare<sup>254</sup> o se, invece, sia espressione di poteri positivamente sanciti dal vincolo<sup>255</sup>.

Ferma restando l'esigenza di individuare il contenuto dei vincoli fonte di controllo e di valutarne il concreto atteggiarsi, non pare possibile, *a priori*, escludere l'idoneità di nessuna delle due situazioni innanzi richiamate a fondare una posizione di controllo esterno.

Semberebbe, infatti, di poter affermare che tale forma di domino possa trovare la propria origine tanto in un vincolo caratterizzato da un forte squilibrio economico e normativo tra le parti, idoneo a costituire il presupposto per l'esercizio, di fatto, di poteri ulteriori che sfociano nell'ingerenza gestionale del contraente forte sulla propria controparte, quanto in un vincolo che formalizzi l'attribuzione al contraente forte del potere di influenzare talune scelte imprenditoriali della propria controparte.

Tuttavia, alla luce delle conclusioni raggiunte nel precedente capitolo, poiché non tutti i poteri di ingerenza possono ritenersi sintomatici di una posizione di controllo, anche nel caso in cui essi siano espressamente attribuiti dal vincolo, si renderà necessario verificare in concreto se siano di per sé sufficienti a fondare tale posizione e, dunque, il loro esercizio costituisca espressione dell'influenza dominante o se, al contrario, la loro attribuzione sia in sé, neutra, ma strumentale all'esercizio di poteri che,

---

<sup>254</sup> ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., p. 111; LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., pp. 186 ss.; PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, cit., p. 629.

<sup>255</sup> In tal senso, Corte di Cassazione, 13 marzo 2003, n. 3722, in *Giust. civ.*, 2004, pp. 2421 ss.; Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, cit.; MUSSO, *Il controllo societario mediante "particolari vincoli contrattuali"*, cit., pp. 24 ss., il quale giustifica l'esigenza di un potere di matrice necessariamente contrattuale alla luce dell'esigenza «di stabilità e di durata rilevante» che deve caratterizzare le relazioni di controllo. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, cit., p. 1556, rileva come la tesi dell'ammissibilità di contratti attributivi di poteri gestori a terzi, emergenti da espresse clausole contrattuali o da fatti concludenti incontri sempre maggiori consensi in dottrina, e come, correlativamente, cresca «lo scetticismo nel ritenere sufficienti meri accordi di subordinazione commerciale, non accompagnati da, seppur taciti, accordi (anche «deboli») di gestione ad integrare il controllo contrattuale dell'art. 2359, primo comma, n. 3». Pare aderire a tale impostazione anche GIANNELLI, cit., p. 611, là dove, con riferimento ai *covenants*, afferma che l'impresa che li stipula «si obbliga ad esercitare l'attività secondo determinati parametri convenzionalmente determinati».

travalicando i limiti contrattuali, sfocino in una posizione di vero e proprio controllo.

Ricostruito in tal modo il sistema non può non rilevarsi come, la presenza di previsioni contrattuali contenenti l'espressa attribuzione ad una parte di poteri rilevanti ai sensi dell'art. 2359, n. 3, c.c., da una lato, riduca le distanze tra il vincolo fonte di controllo esterno ed un vero e proprio contratto di dominio, dall'altro, induca a riconsiderare le conclusioni raggiunte circa la natura effettiva dell'influenza dominante nel controllo esterno.

Sul primo punto, deve subito rilevarsi come il rischio di sovrapposizione tra particolari vincoli contrattuali e contratti di dominio sia scongiurato dalla circostanza che questi ultimi sono definiti come «contratti senza causa»<sup>256</sup>, in quanto oggetto dello scambio è la sola assunzione da parte di un contraente del potere di controllo della propria controparte ed, eventualmente, della acquisizione degli utili dalla stessa conseguiti, onde risulta inesistente il sinallagma, differentemente dai particolari vincoli contrattuali che, come più volte ribadito, si sostanziano in clausole accessorie a contratti tipici o atipici, che nel vincolo principale trovano la propria causa.

Quanto alla natura effettiva dell'influenza dominante nel controllo esterno occorre, invece, osservare che, mentre in presenza di contratti in sé "neutri", in quanto caratterizzati da una mera situazione di squilibrio tra le parti, non pare possibile affermare che la disciplina del controllo possa trovare applicazione fino a quando la parte forte non eserciti poteri più penetranti che trascendendo il regolamento negoziale, si traducano nell'esercizio di una vera e propria influenza dominante, nel caso in cui il contratto contenga espressamente la previsione di poteri "qualificati" occorre effettuare una ulteriore distinzione.

---

<sup>256</sup> BIANCHI, I «contratti di impresa» (*Unternehmensverträge*) del diritto dei gruppi tedesco: valutazioni e problemi, in Riv. soc., 1984, pp. 1005 ss.

La espressa previsione contrattuale del potere di ingerire nella gestione dell'impresa della propria controparte può, infatti, tradursi tanto in clausole a contenuto negativo, la cui presenza inibisce al contraente “debole” l'adozione di determinate decisioni o il perseguimento di specifiche condotte, quanto in clausole che impongono un comportamento attivo alla controllata o ne condizionano positivamente le scelte.

Appare evidente che, mentre nel primo caso, la presenza della clausola inibitoria rappresenta l'espressione di un'influenza in fatto, già concretizzatasi e divenuta positiva per effetto del regolamento negoziale, nel secondo caso la mera presenza di un potere di condizionamento delle decisioni del contraente forte, in determinate situazioni o al verificarsi di specifiche condizioni, non esprime che una posizione solo potenziale di controllo.

Tale situazione risulta, tuttavia, fortemente distante da quella fondata sulla presenza di un contratto squilibrato. In quest'ultima ipotesi, infatti, non pare possibile ritenere esistente la posizione di controllo, ed applicare la conseguente disciplina, sulla base della sola presunzione che il contraente forte sfrutterà il proprio predominio contrattuale per imporre alla controparte scelte gestorie non solo strategiche, ma anche aventi le caratteristiche e l'intensità necessarie per potersi tradurre nell'esercizio di una influenza dominante. Al contrario, la presenza nel contratto di clausole che espressamente attribuiscono ad una parte il potere di condizionare predeterminate decisioni dell'altra, la cui rilevanza ai fini del controllo può, dunque, essere verificata anche sulla base della sola lettera dell'accordo, pone il contraente forte in una posizione analoga a quella del socio di maggioranza<sup>257</sup>, con la conseguente possibilità di legare la nascita della

---

<sup>257</sup> Sul punto, pare, infatti, opportuno nuovamente richiamare le considerazioni svolte da RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 35 ss., il quale, con riferimento alla fattispecie del controllo interno, giustifica la scelta di attribuire rilievo potenziale all'influenza dominante sulla base dell'osservazione per cui chi dispone di voti sufficienti per orientare le decisioni degli organi deliberativi generalmente si avvale di tale potere, determinando in concreto le

posizione di controllo alla mera esistenza del vincolo e di applicare sin dal momento della sua stipula la relativa disciplina. Già da questo momento, infatti, sembrerebbe possibile affermare che una parte sia “sotto l’influenza dominante” dell’altra.

Le osservazioni sin qui svolte vanno, tuttavia, necessariamente verificate in concreto ed, in tal senso, utili spunti possono essere forniti dall’analisi della giurisprudenza più recente in tema di contratto di *franchising* e del contenuto di alcuni contratti di finanziamento dal cui esame è possibile trarre un duplice ordine di conclusioni.

In primo luogo, proprio in presenza di contratti di affiliazione commerciale, tradizionalmente individuati quale ipotesi “classica” di vincolo fonte di controllo, i giudici, spingendosi in una valutazione concreta del contenuto dell’accordo, giungono ad affermare l’insufficienza, ai fini della attribuzione del ruolo di controllante esterna, della previsione di generici poteri di supervisione o di indirizzo, privi del requisito della cogenza e della effettività; in secondo luogo, numerose fattispecie di finanziamento, sempre più diffuse nella prassi, proprio in quanto non caratterizzate “naturalmente” da poteri di direzione dell’impresa finanziata, rappresentano una significativa ipotesi di «particolare vincolo contrattuale», in considerazione della circostanza che alla fisiologica situazione di forza economica e negoziale che ad essi consegue, frequentemente si accompagna l’attribuzione di un potere di ingerenza nelle scelte imprenditoriali e strategiche della società finanziata.

---

scelte amministrative più importanti e strategiche. Secondo l’A. la situazione è, invece, differente, nell’ipotesi di controllo esterno legato alla mera posizione di dipendenza economica derivante da un contratto commerciale, in cui la sola prognosi dell’esercizio di un’influenza dominante appare insufficiente per poter ritenere sussistente la relazione di controllo.

## 5. Il controllo in virtù del contratto di *franchising*

L'esame della più recente e significativa giurisprudenza in tema di affiliazione commerciale<sup>258</sup> offre interessanti spunti di riflessione e consente di constatare, da un lato, come la qualificazione del contratto *inter partes* in termini di «particolare vincolo contrattuale» sia il risultato di una verifica giudiziale puntuale e concreta del suo contenuto, dall'altro, la difficoltà di delineare con precisione i confini della fattispecie in esame e la frequente confusione tra il vero e proprio controllo esterno ed istituti che, pur presentando con quest'ultimo significative analogie, vanno da esso nettamente distinti<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Sul tema, FRIGNANI, *Franchising: c'è bisogno di una nuova legge?*, *Contratti*, 2008, pp. 67 ss.; ID., *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004; NERI, *Il contratto di franchising tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza*, in *Dir. Giur.*, 2007, pp. 236 ss.; DI BIASE, cit., pp. 801 ss.; BALDI – VENEZIA, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milano, 2006; CAPO, *La normativa sull'affiliazione commerciale e la tutela contrattuale dell'imprenditore "debole". Appunti per uno studio sulla disciplina della contrattazione "asimmetrica" tra imprese*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005; DE NOVA – LEO – VENEZIA, *Il franchising*, Milano, 2004; BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale e le norme antitrust europee*, Padova, 2004; CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2004, pp. 1153 ss.; VACCA', *Franchising: una nuova disciplina in cerca di identità*, in *Contr. imp.*, 2004, pp. 870 ss.; DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contr.*, 2004, pp. 761 ss.; DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, cit., pp. 2153.

<sup>259</sup> Uno spunto di particolare interesse è fornito dal confronto tra due pronunce di merito, la prima della quali assume significativo rilievo in quanto si tratta di una decisione, del tutto priva di precedenti in termini, in tema di responsabilità da direzione e coordinamento derivante dal controllo esercitato in virtù di un contratto di *franchising*. La sentenza, resa dal Tribunale di Pescara il 2 febbraio 2009, cit., p. 2829, ha ad oggetto un'azione di responsabilità ex artt. 2497 e 2497 *septies* c.c., promossa dai soci dell'affiliato nei confronti dell'affiliante, volta all'accertamento dell'abuso, da parte di quest'ultimo, del potere di direzione e coordinamento esercitato in virtù di contratto di *franchising*. Gli attori attribuivano, infatti, all'affiliante condotte illecite consistite nell'imposizione di eccessivi oneri economici (pubblicitari, di formazione, di assortimento e progettazione dei locali) finalizzati «a svilire il valore dell'azienda» dell'affiliato per poi «acquistarla al minor prezzo possibile». La seconda pronuncia, invece, rappresenta il primo provvedimento pubblicato in Italia in tema di abuso di dipendenza economica avente la forma di sentenza – e non di ordinanza che decide su una richiesta di un provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. – dalla quale appare, invece, con evidenza l'esistenza di significative interferenze tra tale istituto e la fattispecie del controllo esterno. La sentenza, resa dal Tribunale di Isernia il 12 aprile 2006, in *Giur. mer.*, 2006, p. 2149 ss., con nota di DELLI PRISCOLI, attiene alla domanda dell'affiliato di risoluzione del contratto di affiliazione per grave inadempimento da parte dell'affiliante, sostanzantesi nella violazione dell'obbligo di collaborazione nell'interesse reciproco. L'affiliante, infatti, avrebbe «intrapreso una aggressiva strategia commerciale volta ad acquisire la maggior clientela possibile tra gli operatori della provincia ed anche sulla piazza di Isernia e tra i clienti storici dell'affiliato» avvalendosi, da un lato, del potere contrattuale di determinare i prezzi dei prodotti acquistati dall'affiliata e da

Il potere delle imprese affilianti di incidere sulle politiche commerciali delle affiliate, infatti, si caratterizza per l'estrema varietà dei suoi contenuti, onde ciascun vincolo si connota per dei caratteri del tutto peculiari, determinanti ai fini dell'inquadramento giuridico del rapporto da esso nascente.

In particolare, frequenti sono le ipotesi in cui il contratto di *franchising* non attribuisce formalmente all'affiliante alcun potere contrattuale assoluto di fornire all'affiliato indicazioni vincolanti in merito alla determinazione della misura dei prezzi a cui vendere sul mercato i beni oggetto del contratto stesso, la quantità, i colori o i modelli della merce da esporre, nonché in relazione alle modalità di gestione dei punti vendita, ma si limita alla previsione di una mera facoltà di fornire dei "suggerimenti" in proposito<sup>260</sup>.

---

questa venduti ai terzi, dall'altro, offrendo gli stessi prodotti a condizioni nettamente più vantaggiose di quelle che l'affiliata avrebbe mai potuto praticare, ai suoi stessi clienti.

<sup>260</sup> Un esempio di contratto contenente previsioni di questo tipo è quello oggetto della citata pronuncia del Tribunale di Pescara, all'interno del quale assumono particolare rilievo le clausole contenenti il diritto dell'affiliante:

- di esclusiva
  - di definire e proporre all'affiliato le campionature dei prodotti facenti parte della collezione "Divani & Divani", nel cui ambito l'affiliato avrebbe ordinato, secondo le procedure indicategli dall'affiliante, i prodotti facenti parte di detta collezione
  - di pianificare e decidere, a fini di uniformità e armonizzazione, le politiche pubblicitarie e l'attività promozionale in ambito nazionale (natura dei mezzi da impiegare, momento, durata, contenuto del messaggio)
  - di prelazione in caso di cessione o affitto dell'azienda dell'affiliato o di cessione del negozio o del contratto di locazione ad esso relativo, con clausola di gradimento in caso di rinuncia alla prelazione
- nonché le ulteriori clausole contenenti obblighi e/o facoltà per l'affiliato
- dovere, nella gestione del punto vendita, di attenersi alle procedure e politiche uniformi del *franchising* prescritte nel contratto o individuate di volta in volta dall'affiliante
  - possibilità di seguire – nella rivendita dei prodotti sul mercato - i prezzi consigliatigli dall'affiliante che, all'uopo, provvede a trasmettere periodicamente il listino dei prezzi d'acquisto e di vendita
  - obbligo di eseguire e sostenere interamente a suoi oneri e spese tutte le opere edili necessarie per l'agibilità nonché l'allestimento e l'arredamento dei punti vendita
  - obbligo di sostenere il punto vendita nel territorio di esclusiva con iniziative pubblicitarie e promozionali locali, in armonia con quelle definite in ambito nazionale dall'affiliante, con conseguente obbligo di farsi carico delle campagne pubblicitarie a livello locale, dei costi promozionali e della pubblicità di lancio secondo le direttive dell'affiliante, con investimenti pubblicitari in ogni caso almeno pari al 5% del *budget* netto delle vendite al pubblico
  - obbligo di sottoporre al preventivo vaglio e consenso dell'affiliante le eventuali attività pubblicitarie o promozionali e, se approvate, di realizzarle a propria cura e spese

Il carattere formalmente non cogente delle direttive impartite dall'affiliante in merito alle politiche commerciali dell'affiliata, pur se accompagnato dalla previsione di rilevanti oneri economici di vario contenuto imposti a quest'ultima, secondo l'orientamento espresso dai giudici di merito, sarebbe determinante ai fini dell'esclusione dell'esistenza delle condizioni necessarie per la nascita del rapporto di controllo.

Tale conclusione, anche alla luce delle considerazioni precedentemente esposte, pare corretta ogniqualvolta l'affiliata disponga di un'effettiva e provata libertà di non dare esecuzione alle direttive impartite dall'affiliante, senza che la sua condotta possa dar luogo a responsabilità contrattuale o, in ogni caso, a conseguenze per la stessa pregiudizievoli<sup>261</sup>.

Se, dunque, da un lato, è certamente da condividere l'affermata inidoneità della mera dipendenza economica a sfociare in una relazione di controllo esterno, dall'altro, non può ritenersi corretta l'opposta tendenza,

---

- obbligo di partecipare e far partecipare il proprio personale di vendita a corsi di formazione organizzati a propria cura e spese

- obbligo di non concorrenza per tutta la durata del contratto e per un anno dal suo scioglimento, nella zona di esclusiva ed al di fuori di questa.

Il rapporto *inter partes*, nel caso di specie, aveva durata di sei anni e prevedeva una clausola risolutiva espressa legata ad una serie di inadempimenti ivi tipizzati, tra cui il mancato raggiungimento di un limite annuo predeterminato di acquisti dei prodotti in collezione.

<sup>261</sup> Secondo il Tribunale di Pescara, cit., la "spontanea" esecuzione da parte dell'affiliata delle direttive commerciali non cogenti impartite dall'affiliante, ancorché ritenute pregiudizievoli, renderebbe tale azione imprenditoriale una libera scelta di autonomia privata, assunta sotto la propria responsabilità. I giudici di merito hanno, infatti, qualificato la condotta come il risultato di una mera valutazione di convenienza dell'affiliata, che, dunque, ben avrebbe potuto «evitare gli ingenti e non dovuti costi che invece si andava a sobbarcare». Nello stesso senso si è espressa la Corte di Cassazione, con la citata sentenza del 27 settembre 2001, n. 12094, secondo la quale la società "debole" che decida di rinnovare il vincolo contrattuale squilibrato deve «imputare solo a sé la responsabilità di aver effettuato una libera e consapevole scelta imprenditoriale delle cui conseguenze economiche e giuridiche (era) perfettamente in grado di valutare la portata e gli effetti».

PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, cit., p. 630, nt. 16, definisce la pronuncia di merito «discutibile», nella misura in trascura di considerare che «l'attività di direzione può fondarsi non solo sull'art. 2497 *septies* c.c., ma anche sui particolari vincoli contrattuali di cui all'art. 2359, n. 3, c.c.. In questa seconda ipotesi si tratterà di accertare se sussista un potere di fatto e non un diritto attribuito da clausole contrattuali». Secondo l'A., dunque, non solo l'esistenza di una situazione di dipendenza economica, ma la stessa posizione di controllo potrebbe essere accertata, a prescindere dal contenuto del vincolo negoziale, sulla base dell'accertamento del reale assetto di forze nella relazione tra le imprese contraenti.



fortemente formalistica, a valutare l'esistenza di una posizione di soggezione esclusivamente sulla base del dato letterale, in assenza di qualsivoglia verifica in merito al reale equilibrio tra le posizioni dei soggetti coinvolti nella relazione.

Ne deriva che assume rilievo ai fini del controllo esterno la situazione di squilibrio di forza contrattuale che, seppur tipica del contratto di *franchising*<sup>262</sup>, si risolve in una più forte compressione della libertà imprenditoriale dell'affiliata che, pur non risultante da un accordo, scritto, orale o sinanche raggiunto per fatti concludenti, sia tale da rendere l'esecuzione delle direttive dell'affiliante una scelta necessitata, in quanto priva di concrete alternative.

*A fortiori*, analogo rilievo ai fini del controllo esterno non pare possa negarsi nell'ipotesi in cui l'affiliante disponga, in virtù di espresse previsioni contrattuali, del potere di ingerire in talune scelte gestorie dell'impresa dell'affiliata, in tal modo esercitando su di essa un'influenza dominante.

La possibilità che il potere di controllo venga attribuito da espresse previsioni contrattuali è stata affermata dalla Corte di Cassazione che ha qualificato come fonte di dominio esterno una convenzione tra due società con la quale la vendita dei beni prodotti dall'una veniva delegata *in toto* all'altra. Rilievo determinante è attribuito dalla Corte alla circostanza che la società distributrice avesse, in virtù di tale convenzione, il diritto di determinare prezzi e condizioni di vendita dei prodotti, nonché di utilizzare

---

<sup>262</sup> Secondo CAPO, cit., p. 4306, la complementarità delle posizioni giuridiche ed economiche assunte dalle parti nella dinamica del rapporto non ne esclude la naturale asimmetria: «la complessa fenomenologia del *franchising*, (...) riflette in linea di principio la condizione di soggezione contrattuale dell'affiliato nei confronti dell'affiliante». Secondo l'A. appare, infatti, particolarmente evidente in tale tipologia contrattuale la funziona «ancillare» dell'affiliato rispetto all'attività imprenditoriale dell'affiliante, nonché la peculiare formula organizzativa da cui esso è caratterizzato che rende il *franchisee* solo una cellula del «tessuto distributivo» di cui il *franchisor* è, invece, il *dominus*.

il personale dipendente della società produttrice, che, tuttavia, manteneva piena autonomia nella propria attività industriale<sup>263</sup>.

Esempi del possibile contenuto dei vincoli rilevanti ai fini del controllo esterno vengono, poi, proposti dalla dottrina che, accanto all'attribuzione del diritto della controllata di nominare uno o più amministratori, ipotizza la previsione di un obbligo, per l'impresa in posizione di dipendenza, di adottare determinate decisioni previa autorizzazione dell'impresa dominante o di mantenere una determinata compagine sociale, ovvero una determinata composizione dell'organo amministrativo. In particolare, poi, appaiono compatibili con lo scopo del contratto di affiliazione commerciale le clausole che vincolano una delle imprese contraenti al perseguimento di concordate strategie produttive e di mercato, all'adozione di specifiche tecniche di vendita, alla produzione ed alla vendita di predeterminate quantità, minime o massime, di beni, alla localizzazione in determinate regioni di stabilimenti, negozi o uffici di vendita<sup>264</sup>.

Tale contenuto del vincolo appare certamente caratteristico di una ben più intensa forma di integrazione fra imprese da cui va distinta la mera possibilità per una parte di imporre all'altra *standards* qualitativi, l'utilizzo dei propri segni distintivi o l'onere di comunicazione dell'andamento del punto

---

<sup>263</sup> Sentenza del 13 marzo 2003, n. 3722, cit., pp. 2421 ss., con la quale la S.C. ha confermato il provvedimento impugnato. I giudici di legittimità, nell'affermare l'esistenza della posizione di controllo esterno, non hanno ommesso di accertare la sussistenza di una situazione di squilibrio contrattuale tra le società contraenti, derivante dalla grave crisi finanziaria in cui versava l'impresa produttrice al momento della stipula, nonché la stabilità del vincolo, derivante dalla sua durata quinquennale e dalla previsione di una forte penale in caso di recesso.

<sup>264</sup> SPOLIDORO, *Gruppi di società e gruppi di imprese*, cit., p. 2205; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., pp. 111 ss..

vendita<sup>265</sup>, oneri meramente strumentali alla cooperazione ed immedesimazione tipica del contratto in esame<sup>266</sup>.

Negare la distinzione tra le due fattispecie significherebbe ritenere giuridicamente irrilevante la situazione in cui un soggetto, attraverso un contratto, acquisti il potere di ingerire nelle scelte che dell'attività economica della propria controparte costituiscono l'espressione.

Va, tuttavia, rilevato sul punto che la giurisprudenza occupatasi del tema tende a non attribuire rilievo alla mera esistenza di tale potere di ingerenza sino a quando questo non viene esercitato in maniera abusiva. Ed, infatti, i giudici di merito, pur in presenza di poteri chiaramente caratteristici di una relazione di controllo esterno, tendono a ricercare la tutela dell'impresa debole ed i possibili strumenti di reazione ad un eventuale loro illegittimo esercizio nel diverso istituto dell'abuso di dipendenza economica<sup>267</sup>, apparentemente non cogliendo il discrimine tra le due fattispecie.

Tale impostazione, evidentemente non tiene conto della circostanza che, sebbene di frequente l'abuso di dipendenza economica tenda a sfociare in

---

<sup>265</sup> La differente portata delle due tipologie di clausole appare evidente nel contratto oggetto della sentenza del Tribunale di Isernia, all'interno del quale è possibile distinguere generiche previsioni volte a garantire il rispetto degli *standards* di qualità e servizio per la presentazione e la vendita dei prodotti dell'affiliante dalle clausole contenenti penetranti poteri in capo a quest'ultima di interferire nelle scelte relative alla gestione dei punti vendita dell'affiliata.

<sup>266</sup> La tendenziale identificazione dell'impresa dell'affiliato in quella dell'affiliante è alla base della fattispecie negoziale del *franchising*. Secondo CAPO, cit., p. 4306, «l'esperienza applicativa restituisce l'immagine del *franchising* come tecnica distributiva che si esprime attraverso schemi negoziali intesi a comporre le istanze delle parti nel quadro di programmi di cooperazione economica, il cui successo si basa sulla marcata convergenza degli interessi dei contraenti verso comuni obiettivi di integrazione e crescita imprenditoriale». Secondo il Tribunale di Pescara, cit., rappresentano clausole «normativamente tipizzate per altre svariate tipologie di contratti» quelle contenenti il diritto di esclusiva, patti di non concorrenza, doveri dell'affiliante di garantire l'uniformità della propria attività rispetto alle politiche commerciali, promozionali ed all'allestimento ed arredamento dei locali dell'affiliante. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, cit., p. 426, afferma in proposito che la clausola che vieta all'affiliato di rifornirsi presso altri produttori è condizione «necessaria per un proficuo svolgimento del contratto, così come lo svolgimento di investimenti specialistici è necessario per poter onorare il contratto». Secondo l'A., l'ordinamento giuridico riconosce la meritevolezza di contratti quali la subfornitura ed il *franchising* che pure quasi inevitabilmente recano questa dipendenza economica, perché ne comprende la funzionalità agli interessi delle imprese ai fini di una più razionale ed economica produzione e distribuzione dei beni e dei servizi.

<sup>267</sup> Tribunale di Isernia, 12 aprile 2006, cit..

una posizione di controllo contrattuale, le due fattispecie non necessariamente coincidono in quanto ciò in cui si sostanzia il controllo esterno è la fisiologica eterodeterminazione dell'attività d'impresa, disciplinata dall'ordinamento a prescindere dal suo esercizio abusivo, al quale è connessa, alla luce delle considerazioni svolte nel precedente capitolo, l'applicazione del rimedio tipico della responsabilità ex art. 2497 c.c..

## **6. Il controllo in virtù di contratti di finanziamento**

Un ulteriore e significativo esempio di «particolare vincolo contrattuale» può essere rinvenuto in taluni contratti di finanziamento ed accordi di ristrutturazione aziendale.

Tali rapporti, normalmente caratterizzati da una fisiologica posizione di dipendenza economica dell'impresa finanziata, risultano generalmente fondati su contratti contenenti la previsione di poteri unilaterali di monitoraggio in favore del finanziatore, volti alla tutela dell'investimento effettuato ed alla garanzia del recupero del credito erogato<sup>268</sup>. A tali effetti, per così dire “naturali” del contratto, in quanto legati alla sua corretta esecuzione, tuttavia, con sempre maggior frequenza, si accompagna l'attribuzione di ulteriori e non altrettanto naturali poteri di ingerenza del finanziatore nella gestione della società finanziata.

Ed, infatti, nell'ambito del fenomeno del finanziamento alle imprese la fondamentale esigenza di bilanciare gli opposti interessi, del finanziatore al recupero del finanziamento e dell'impresa finanziata al pagamento della remunerazione più bassa possibile<sup>269</sup>, insieme all'ampia gamma di possibilità riconosciute dal legislatore, ha determinato il moltiplicarsi degli strumenti

---

<sup>268</sup> MUSSO, *Il controllo societario mediante “particolari vincoli contrattuali”*, cit., p. 40.

<sup>269</sup> Il tema è trattato approfonditamente da PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in Banca borsa tit. cred., 2009, pp. 507 ss., secondo il quale il bilanciamento tra gli interessi in gioco, costituisce la funzione specifica della disciplina delle garanzie connesse al contratto di finanziamento.

utilizzabili dalle imprese, legittimando forme di finanziamento caratterizzate da penetranti competenze gestorie sulla società finanziata da parte della società finanziatrice<sup>270</sup>.

Un più o meno intenso grado di partecipazione alla *governance* può caratterizzare sia il finanziamento di capitale sia il finanziamento non imputato a capitale<sup>271</sup>.

Tradizionalmente, infatti, il finanziamento alle imprese obbedisce al binomio capitale di rischio – capitale di debito: il primo porta all'impresa "capitale paziente", senza obbligo formale di rimborso e di remunerazione predefinita, ma implica un'aspettativa del nuovo socio di un ritorno in termini di distribuzione degli utili e, soprattutto, di aumento di valore delle azioni sottoscritte; il secondo, invece, genera l'obbligo per l'emittente alla remunerazione ed al rimborso del finanziamento secondo le condizioni contrattualmente predefinite ed, aumentando l'esposizione debitoria dell'impresa finanziata, incide sulla capacità della stessa di accedere nuovamente al mercato dei capitali<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> Sul punto, VELLA, *Il nuovo diritto societario e la "governante" bancaria*, in Banca imp. soc., 2003, p. 310, afferma che «la notevole estensione degli strumenti di finanziamento dell'impresa, a sua volta connessa ad una molteplicità e diversificazione dei poteri amministrativi legati alle differenti tipologie di finanziamento, rappresenta una innovazione di grande rilievo». Secondo l'A. il nuovo impianto normativo lascia «all'imprenditore ed al finanziatore la libertà non solo di individuare le caratteristiche del titolo di finanziamento, ma (...) anche di costruire e modulare il grado di presenza e di *voice* nel governo societario che quel finanziamento legittima».

<sup>271</sup> Sul punto, WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in Soc., 2003, p. 276, rileva che la riforma si ispira a quelle concezioni neo – liberiste che vedono nella società un intreccio di contratti tra i differenti fornitori di risorse. Per l'A., tuttavia, non ci sarebbe una «netta contrapposizione fra soci e terzi, ma i finanziatori si distinguono tra maggiore o minore sopportazione del rischio. Anche i creditori investono denaro nell'impresa, ma hanno diritto a farselo restituire, attingendo dal patrimonio sociale, prima che gli azionisti, articolati nelle loro varie categorie, possano aspirare al rimborso del capitale. Però, in cambio del carattere residuale della loro pretesa, ai soci, soprattutto quelli ordinari, è attribuito il diritto di voto, mediante il quale si influenza la gestione».

<sup>272</sup> SATTIN – BONIPERTI, *Mezzanine financing: la "via di mezzo" tra debito e capitale di rischio*, in Amministrazione e finanza, 2000, 24.

La netta contrapposizione tra queste due forme di finanziamento, alla luce del rinnovato impianto normativo, pare, tuttavia, da riconsiderare<sup>273</sup>. Le esigenze sempre più complesse delle imprese e degli stessi finanziatori hanno, infatti, condotto a ricercare nuovi strumenti finanziari, da un lato, in grado di garantire la diversificazione delle fonti ed un sufficiente grado di capitalizzazione, dall'altro, di non pregiudicare la capacità d'indebitamento dell'impresa.

---

<sup>273</sup> Secondo TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni* (Corporate governance e categorie rappresentative del fenomeno societario), in Riv. soc., 2004, pp. 1083 ss., per effetto del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, la società per azioni e, in genere, il diritto societario rappresentano anche una «tecnica di finanziamento dell'impresa». Il legislatore delegato, soprattutto attraverso la possibilità di creare nuove forme di partecipazione sociale e, comunque, di investimento, avrebbe, infatti, perseguito l'obiettivo di ampliare le risorse dell'impresa organizzata in forma di società per azioni «al fine di offrire fonti di finanziamento alternative o, quanto meno concorrenti con il credito bancario, anche a prescindere dall'eventualità di un ricorso immediato e diretto al mercato». Nello stesso senso, FERRI jr., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in Profili patrimoniali e finanziari della riforma, a cura di MONTAGNANI, Milano, 2004, p. 69; SCHIONA – GAMBINO, *La riforma detta nuove regole per il finanziamento delle imprese*, in Dir. Prat. soc., 2003, p. 24, secondo i quali «al senso prioritario della riforma è di dare una risposta positiva, attraverso nuovi istituti giuridici e l'attribuzione di ampi poteri all'autonomia societaria, alle esigenze di finanziamento dell'impresa. (...) Nella logica del finanziamento all'impresa la riforma ha dovuto quindi necessariamente dare spazio all'autonomia societaria al fine di consentire l'introduzione di diversificati modelli di promozione del finanziamento anche partecipativo, nella più ampia gamma producibile con la standardizzazione delle esperienze societarie». Per gli AA., dunque, la tendenza è al «superamento dei due rigidi modelli di capitale di credito e di rischio, consentendo l'introduzione di strumenti finanziari ibridi e stemperando i connotati giuridici delle azioni». Secondo RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, in Giur. comm., 2008, p. 1066, la struttura finanziaria delle società per azioni si caratterizza per la minor rigidità rispetto al passato ed è sempre meno netta la linea di demarcazione tra «il cosiddetto capitale proprio e il cosiddetto capitale di credito.» In definitiva, per l'A., «nel nostro ordinamento è stata aperta una nuova strada, non priva di significative varianti, che ha dato luogo a fattispecie intermedie che, quasi senza soluzione di continuità hanno messo in comunicazione le azioni con le obbligazioni». A tanto si aggiunga che il voto degli organi sociali è diventato un diritto modulabile e le cariche sociali non vengono più necessariamente assegnate dai soci. Sul tema, PORTALE, «*Prestiti subordinati*» e «*prestiti irredimibili*» (appunti), in Banca borsa tit. cred. 1996, p. 155; LAMANDINI, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001, pp. 57 ss.; CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, pp. 1 ss.; NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini della fattispecie e profili della disciplina*, in Banca borsa tit. cred., 2003, pp. 543 ss.

Ne consegue la nascita di «creature ibride»<sup>274</sup>, derivanti dalla combinazione di alcune caratteristiche proprie del debito a componenti tipiche del capitale di rischio.

Il fenomeno risulta particolarmente evidente già dall'analisi del disposto dell'art. 2468, co. 3, c.c. in virtù del quale, sebbene nella società a responsabilità limitata i diritti sociali spettino ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta, resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili. Tale norma sembrerebbe legittimare l'attribuzione di poteri di veto o di influenza su determinate scelte gestionali o, addirittura, in merito alla designazione di uno o più amministratori, con la conseguenza che la stessa ben può considerarsi lo strumento attraverso il quale al socio finanziatore, pur non titolare della maggioranza delle partecipazioni, vengono attribuiti diritti specifici che ne rafforzano la posizione nella società, sì da garantirgli un miglior controllo del rischio dell'investimento<sup>275</sup>.

Alle medesime conclusioni è possibile giungere in tema di s.p.a., nell'ambito della quale la visione dell'impresa come strumento per la raccolta di capitale e la sua allocazione in investimenti produttivi<sup>276</sup> - in virtù

---

<sup>274</sup> L'espressione è di WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, cit., p. 277, secondo il quale è ormai tradizionale la contrapposizione tra azionisti ed obbligazionisti e quella tra possessori di titoli ordinari e possessori di titoli privilegiati ed obbligazioni convertibili. Per l'A., infatti, «prossimamente, in nome dell'autonomia statutaria, potranno sperimentarsi manipolazioni genetiche di queste specie primordiali, per creare nuove varietà, la cui sopravvivenza dipenderà dall'accoglimento favorevole o dalla ritrosia degli investitori.» Nello stesso senso, TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni (Corporate governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, cit., p. 1092; ID., *Strumenti finanziari "partecipativi" (art. 2346, ultimo comma c.c.) e diritti amministrativi nella società per azioni*, in Riv. dir. Comm., 2006, p. 149.

<sup>275</sup> In tal senso, VELLA, cit., p. 310, che evidenzia la particolare elasticità della regolamentazione degli assetti organizzativi non più costretta nei patti parasociali, ma rafforzata e tutelata direttamente dalla fonte statutaria.

<sup>276</sup> TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni (Corporate governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, cit., p. 1087, evidenzia come tale visione fosse del tutto estranea alla s.p.a. come delineata nel codice civile del '42, nell'ambito della quale alcun rilievo aveva avuto il problema di incentivare la partecipazione alle s.p.a. di detentori di capitali e di come assicurare che la maggioranza dei soci li gestisse ottimamente. Al contrario, «con

del disposto degli artt. 2346 e 2348 c.c. - appare l'evidente risultato della combinazione della possibilità di assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento e della valorizzazione dell'autonomia statutaria alla quale è demandata la determinazione del contenuto dei nuovi tipi di obbligazioni, nonché dei diritti amministrativi e patrimoniali collegati sia alle speciali categorie di azioni che agli strumenti finanziari<sup>277</sup>.

Alla luce di tale quadro normativo, appare evidente che gli operatori dispongano di un'ampia gamma di strumenti, di tipo parasociale o statutario, che consentono di modellare il contenuto della partecipazione sociale, sì da renderla un meccanismo di finanziamento idoneo a bilanciare l'interesse dell'impresa finanziata con quello del finanziatore<sup>278</sup>. Tale risultato viene

---

riferimento al sistema di finanziamento della s.p.a. (ed a maggior ragione della s.r.l.), il legislatore del codice civile aveva presupposto come sostanzialmente già acquisite le risorse finanziarie necessarie per il proficuo svolgimento dell'attività sociale, muovendo dall'idea che i mezzi di finanziamento venissero procurati direttamente dai soci interessati all'esercizio dell'impresa ovvero potessero anche essere procurati mediante l'autofinanziamento e soprattutto il credito bancario». In definitiva, dunque, «non si era considerato che la società per azioni poteva reperire i mezzi finanziari necessari presso soggetti non interessati a partecipare ad un'iniziativa economica comune, ma interessati esclusivamente ad un'operazione di "investimento/finanziamento"». Nella sua attuale configurazione, invece, per l'A., la società per azioni che ha implementato una struttura finanziaria complessa può essere rappresentata «come un "contratto principale" – il contratto di società come "contratto organizzativo" (...) - ed una serie di "contratti collegati unilateralmente" mediante i quali si finanzia l'attività d'impresa».

<sup>277</sup> Sul punto, WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, cit., p. 276, che, propone una rassegna delle principali norme in tema di azioni ed obbligazioni. In particolare, l'A. evidenzia come, secondo la Relazione che accompagna il decreto n. 6/03, nonostante gli strumenti finanziari emessi dalle s.p.a. per remunerare opere o servizi apportati da soci o terzi, non vadano computati nel capitale, i possessori di tali titoli, non ammessi a votare nell'assemblea generale degli azionisti, potrebbero pronunciarsi su determinati argomenti in un'assemblea speciale o, addirittura, potrebbero avere diritto alla nomina di un amministratore o di un sindaco. Ne deriva che, attraverso una norma statutaria, potrebbe essere infranto il principio in virtù del quale i componenti degli organi sociali sono nominati esclusivamente dai soci, fatto salvo il disposto degli artt. 2449 – 2451 c.c.

<sup>278</sup> Attraverso il ricorso a forme di finanziamento "partecipative" l'impresa finanziata ha, infatti, la possibilità di incrementare la propria leva finanziaria senza incidere in modo diretto sul livello di rischio precedentemente assunto dal sistema bancario e dai precedenti creditori *senior* i quali, in virtù della postergazione del credito da rimborso del finanziamento mezzanino, possono mantenere inalterata la loro posizione in termini di protezione, in caso di liquidazione o insolvenza del soggetto finanziato. In tal senso RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, cit., p. 1075. DONATIVI, *Strumenti di corporate governance nel rapporto tra fondi di private equity e PMI*, cit., p. 208, sottolinea, inoltre,



realizzato svincolando il controllo sulla gestione sociale dalla necessaria titolarità di una partecipazione maggioritaria e potenziando i “particolari” diritti amministrativi che da una partecipazione, anche di minoranza, possono essere attribuiti<sup>279</sup>.

Non può negarsi che, in tali fattispecie, del tutto peculiari siano i poteri gestori attribuiti al socio finanziatore, non trovando la propria *ratio* e giustificazione né nel solo vincolo sociale, normalmente improntato al principio di proporzionalità tra conferimento e diritti amministrativi connessi alla partecipazione, né potendosi ricondurre al contenuto “tipico” di un contratto di finanziamento.

Ormai frequenti forme di impiego nella prassi di tale ampia gamma di possibilità offerte dal legislatore sono le operazioni di *mezzanine financing* e di *private equity*.

Caratteristica di queste ultime operazioni è che, pur essendo riconducibili al *genus* del finanziamento all’impresa, si differenziano rispetto alle forme tradizionali in quanto l’apporto viene versato in “*equity*” e non in “*debt*”, e dunque, consiste in capitale di rischio<sup>280</sup>.

All’accollo del rischio d’impresa, naturalmente consegue l’esigenza del creditore, di norma estranea alle operazioni di finanziamento, di partecipare al governo della società. Tale partecipazione alla *governance* assume connotati del tutto peculiari, caratterizzandosi per l’attribuzione al fondo di prerogative

---

che la partecipazione dei finanziatori alla gestione della società può rivelarsi un utile contributo in termini di *know – how* manageriale e finanziario.

<sup>279</sup> Secondo DONATIVI, cit., pp. 217 – 218, particolarmente utile ai fini del perseguimento di tale risultato sarebbe proprio il ricorso agli strumenti statuari della creazione di categorie di azioni ex art. 2348 c.c., nelle s.p.a., e della attribuzione di «particolari diritti» nominativamente attribuibili ex art. 2468 c.c., nelle s.r.l.

<sup>280</sup> DONATIVI, cit., p. 206, rileva come da tale struttura del debito consegua che il fondo di *private equity* sopporti non solo l’alea economica della non solvibilità del debitore, ma anche quella giuridica, non avendo un diritto soggettivo al rimborso del capitale erogato né alla remunerazione del finanziamento. RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, cit., p. 1067, sottolinea che gli strumenti di *equity* sono esposti anche ai rischi di insolvenza in quanto chi detiene tali strumenti non è legittimato a chiedere l’apertura di procedure concorsuali o ad attivare altre misure liquidatorie in presenza di situazioni di crisi o di insolvenza.

più che proporzionali rispetto alla partecipazione detenuta, generalmente di minoranza<sup>281</sup>, ma determinate e temporanee<sup>282</sup>. La durata dell'ingerenza è, infatti, limitata al periodo di tempo strettamente necessario alla realizzazione dell'operazione, cui consegue la riespansione della sovranità piena della compagine sociale. La temporaneità dell'ingerenza in tal modo assunta non impedisce, tuttavia, che la stessa possa considerarsi stabile.

A metà strada tra tali strumenti di finanziamento e le operazioni più tradizionali si colloca, invece, la cd. *mezzanine financing*.

Per prestito mezzanino si intende un insieme di strumenti finanziari con caratteristiche tecniche differenti, generalmente riconducibili a forme particolari di debito e obbligazioni nonché a prodotti finanziari “misti”, il cui contenuto e la cui struttura, estremamente flessibili, sono studiati ed adattati al singolo rapporto ed alle specifiche esigenze dell'impresa finanziata. Tali forme di finanziamento si caratterizzano per la posizione intermedia del creditore, privilegiato rispetto al capitale di rischio e postergato, in misure e forme differenti, rispetto al debito cd. *senior* (munito di garanzia), in sede di rimborso delle quote di capitale e di interessi<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> I fondi di *equity*, infatti, generalmente, non hanno interesse all'assunzione del controllo (interno) della società finanziata, ma tendono a creare, come verrà verificato in seguito, meccanismi di monitoraggio sulla gestione, di veto su particolari decisioni del consiglio di amministrazione o dell'assemblea, di assegnazione di uno o più seggi all'interno degli organi sociali. L'affermato interesse a non assumere il controllo non pare, tuttavia, adeguatamente perseguito attraverso la sola acquisizione di una partecipazione minoritaria, ove si consideri che, tale circostanza non consente di escludere l'assunzione, da parte della finanziatrice, della posizione di controllante esterna, in virtù del contratto di finanziamento.

<sup>282</sup> Secondo DONATIVI, cit., p. 209, tali diritti sono «per loro stessa essenza e finalità diritti “provvisori”, destinati a cessare o a mutare alla scadenza di un certo termine o al verificarsi di determinati eventi».

<sup>283</sup> Ciò significa che il debito mezzanino può essere ripagato degli interessi maturati e/o della quota capitale prima della distribuzione di utili ai soci, ma solo se sono stati interamente soddisfatti i creditori *senior*. Il maggior rischio legato al debito mezzanino è compensato da un rendimento atteso per l'investimento maggiore rispetto a qualunque altro finanziamento, ma inferiore al ritorno sul capitale degli azionisti. RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, cit., p. 1075, sottolinea come la clausola di subordinazione possa essere costituita, sebbene di rado, da un *pactum de non petendo* o, più frequentemente, da «una condizione sospensiva incidente sull'obbligo di restituzione della somma, la quale si realizza, e dunque fa diventare attuale il predetto obbligo, solo se ed in quanto residuo delle attività dopo il soddisfacimento di tutti i creditori non subordinati».

Le forme “ibride” di finanziamento rappresentano l’unica alternativa nelle situazioni in cui non è possibile accedere al debito bancario tradizionale oppure là dove l’impresa non possa o non voglia rilasciare garanzie reali tipiche sui propri *assets*.

Le medesime esigenze, tuttavia, hanno indotto anche i finanziatori “tradizionali” a ricercare modalità alternative di controllo e garanzia del rimborso dei crediti erogati senza alcuna partecipazione al capitale sociale e in assenza di garanzie reali o personali.

Da tali prassi nascono i cd. *covenants*, clausole di contratti di finanziamento con le quali vengono imposti all’impresa finanziata obblighi di comportamento di vario contenuto al cui inadempimento, mediante rimedi di natura contrattuale, è connessa la possibilità del finanziatore di imporre l’immediato rimborso del prestito concesso<sup>284</sup>.

---

<sup>284</sup> SALOMONE, *I covenants a tutela dei finanziamenti*, in *Impresa*, 2003, p. 1618, il quale distingue tre tipologie di *covenants*: «comunicativi», che impongono all’impresa stringenti obblighi di informazione; «finanziari», che vincolano la stessa al mantenimento di particolari rapporti tra voci attive e passive del bilancio o di determinati valori assoluti; «cauzionali», che limitano la libertà della società finanziata di concedere garanzie a terzi - *negative pledge* - o la subordinano alla previa concessione, in proprio favore, della medesima garanzia - *pari passu*. Qualunque sia il tipo di *covenant* impiegato, l’A. evidenzia come la tutela offerta ai finanziatori per suo tramite non sia in alcun modo paragonabile alle cause legittime di prelazione: per effetto della clausola, infatti, le banche creditrici non assumono alcun diritto di soddisfazione del proprio credito preferenziale rispetto agli altri creditori, ma, attraverso l’imposizione dei vincoli di carattere patrimoniale - gestionale vengono agevolate nel controllo sulle vicende dei loro debitori. Da questo angolo visuale viene, peraltro, sottolineato come i *covenants* risultino ancor più efficienti della concessione di garanzie reali, assolvendo «alla principale funzione di proteggere il finanziatore contro i comportamenti opportunistici dei soci; di “congelare” insomma il profilo di rischio dell’impresa sociale. E di permettere al finanziatore, al mutare del profilo di rischio: di disinvestire rapidamente; ovvero di adeguare la remunerazione del capitale investito all’incrementato rischio di *default*». Nello stesso senso, PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2009, p. 602, il quale propone una differente classificazione delle clausole in commento in quattro categorie: *covenants* condizionati a comportamenti dell’impresa finanziata, a comportamenti di terzi, di bilancio ed informativi. Distingue, invece, gli «*affermative*» dai «*negative*» *covenants*, PIEPOLI, cit., p. 500, a seconda che attraverso le suddette clausole il debitore assuma a suo carico, rispettivamente, obblighi di fare o di non fare. In particolare, l’A. classifica i *covenants* in base agli obblighi posti a carico del debitore individuando: «a) clausole relative al rispetto di dati e rapporti di bilancio; b) clausole relative ad impegni e comportamenti attivi da parte dell’impresa debitrice; c) clausole relative a limitazione della capacità di agire di quest’ultima; d) clausole relative ad impegni da concordare o da assumere anche da terzi rispetto all’impresa debitrice medesima».

Attraverso tale strumento, la banca, da un lato interviene a sostegno dell'impresa in difficoltà, dall'altro assume rilevanti poteri di direzione della stessa. I *covenants*, infatti, consentono al finanziatore di assumere un ruolo attivo nella gestione aziendale, sì da garantire che questa sia ispirata a criteri di correttezza e produca flussi di cassa adeguati e sufficienti al rimborso del finanziamento erogato<sup>285</sup>.

Al pari dei *covenants*, la determinazione negoziale di criteri di gestione ritenuti idonei a ripristinare l'equilibrio patrimoniale o finanziario dell'impresa in crisi, può essere oggetto di clausole di piani, industriali e finanziari, elaborati nell'ambito di operazioni di risanamento e ristrutturazione aziendale, sempre più frequentemente accompagnati dall'erogazione della cd. nuova finanza<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Sul punto, PIEPOLI, cit., p. 500, secondo il quale i *covenants* costituiscono una «garanzia “preventiva” del credito» ed «uno specifico strumento di governo contrattuale del rischio medesimo». Ed, infatti, «attraverso i diritti di controllo e di sorveglianza sulla gestione dell'impresa debitrice, attribuiti da essi ai finanziatori, prende corpo un quadro preventivo di influenza sulle decisioni aziendali tale da allontanare la prospettiva dell'insolvenza del debitore». Ne consegue che «il mutuatario deve, attraverso i *covenants* medesimi, venire impedito dall'assumere comportamenti e decisioni che possono innalzare irragionevolmente il rischio di perdite per il creditore». L'opzione in favore di forme di garanzia atipiche non è, tuttavia, priva di conseguenze, per l'A., secondo il quale esse si caratterizzano, rispetto alle garanzie del credito tradizionali, per il necessario rispetto del principio di proporzionalità tra il rischio di perdite collegato alla concessione di credito non accompagnata dalla previsione di garanzie reali ed il limite, più o meno intenso, posto alla libertà di iniziativa imprenditoriale ed al potere di disposizione. Tale caratteristica costituirebbe, uno «specifico elemento di “debolezza” che connota le “garanzie negative” rispetto alle tradizionali garanzie reali», non soggette ad alcun sindacato di meritevolezza e validità.

<sup>286</sup> Sul tema GIANNELLI, cit., pp. 621 ss., secondo il quale anche il piano di risanamento ex art. 67, co. 3, lett. d), l.f., la proposta di concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti si presentano come discipline negoziali dell'attività d'impresa o di segmenti dell'attività d'impresa. Per l'A., «anche le varie ipotesi di piani di risanamento comportano l'adozione di scelte di tipo gestorio, in cui il momento soddisfacente dei creditori può essere solo eventuale ed è comunque il risultato di un'attività di riequilibrio patrimoniale e finanziario nel rispetto delle regole di corretta gestione imprenditoriale e societaria». Nello stesso senso ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, cit., pp. 1142 – 1143, il quale rileva la necessità di valutare con attenzione i piani di ristrutturazione delle imprese insolventi che vedono il sistema bancario protagonista in quanto «in questi casi è possibile la nascita di un nuovo gruppo, la cui direzione unitaria può essere finalmente appannaggio di una o più banche, le quali, in definitiva, diventano il vero capo dell'impresa». Ritiene che gli atti compiuti per la realizzazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un piano di risanamento di gruppo possano integrare gli estremi dell'eterodirezione anche BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi d'impresa*, in Riv. dir. Soc., 2010, p. 417. Secondo l'A. il verificarsi di una crisi crea, infatti, i presupposti necessari affinché la banca

Clausole di questo tipo, ponendosi quale fonte negoziale di disciplina tanto dell'attività di erogazione del credito, quanto dell'esercizio dell'attività d'impresa<sup>287</sup>, in astratto ben possono inquadrarsi nei particolari vincoli contrattuali in virtù dei quali viene esercitato il controllo esterno<sup>288</sup>. In proposito, è stato, infatti, evidenziato come tra la stipula dei *covenants* accessori ad un rapporto di finanziamento ed il fenomeno dei gruppi di imprese si crei una relazione «biunivoca»: l'esistenza di rapporti di finanziamento tra imprese, infatti, costituisce normalmente indice e conseguenza dell'esistenza di un legame di gruppo, ma la necessità di accedere a fonti di finanziamento esterne incentiva l'esercizio di attività di direzione dell'impresa finanziata e di controllo sulla sua gestione<sup>289</sup>.

---

possa esercitare sull'impresa un'attività di direzione e coordinamento, concretizzantesi in un potere di gestione "interno", derivante dalla acquisizione di una partecipazione al capitale, o "esterno" derivante dalla stipula di convenzioni bancarie e dalla concessione di garanzie cd. di carattere gestionale idonee a realizzare la fattispecie di cui all'art. 2497 *sexies* o quella di cui all'art. 2497 *septies* c.c.

<sup>287</sup> GIANNELLI, cit., p. 611, secondo il quale «la grande impresa adotta spesso il modello organizzativo del gruppo come ipotesi di gestione, cosicché l'adozione dei *covenants* finisce per disciplinare convenzionalmente (...) l'attività di gruppo di imprese. In altre parole, i *covenants* finiscono per costituire, oltre che una forma di disciplina convenzionale dell'erogazione del credito, anche una forma di disciplina convenzionale dell'attività di impresa, sia o meno un'impresa di gruppo, perché l'impresa che stipula i *covenants* si obbliga ad esercitare l'attività secondo determinati parametri convenzionalmente determinati».

<sup>288</sup> RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 55 ss., nel ricordare la contrapposizione tra la tesi tendente ad attribuire in tale ipotesi alla banca il ruolo di amministratore di fatto e quella che afferma che l'intervento dell'istituto non sia necessariamente espressione di una volontà di acquisire il controllo della società finanziata, giunge ad affermare che «la fattispecie più pertinente ed efficace sotto il profilo del giusto temperamento degli interessi protetti e che desta le minori perplessità applicative, è proprio quella del controllo contrattuale». PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, cit., p. 627, afferma che il *covenant* potrebbe essere «uno di quei particolari vincoli contrattuali previsti dall'art. 2359, co. 1, n. 3 c.c. che pongono la società sotto l'influenza dominante della banca, al realizzarsi della quale poi l'esercizio dell'attività di direzione si presumerà ex art. 2497 *sexies*». Secondo l'A., infatti, è in astratto possibile che, in virtù di *covenants* si realizzino i presupposti per la nascita del controllo nonché per l'applicazione della disciplina della responsabilità per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Nello stesso senso, SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., p. 485; VICARI, *I finanziamenti delle Banche a fini ristrutturativi*, in Giur. comm., 2008, pp. 507 – 508, il quale afferma che «la stipula da parte delle banche di contratti di finanziamento può avvenire in presenza di situazioni di forte potere contrattuale delle banche stesse; tali situazioni possono generare – al ricorrere di determinate circostanze – situazioni di "controllo contrattuale" e dare luogo ad una responsabilità da attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c.».

<sup>289</sup> GIANNELLI, cit., p. 614.

Naturalmente tale conclusione si giustifica nella sola ipotesi in cui il finanziatore non si limiti a monitorare l'andamento della società finanziata al solo fine di verificare il rispetto delle pattuizioni e scongiurare il rischio del mancato rimborso del credito, ma, al contrario, sfrutti la propria posizione di forza, assumendo poteri che da tali finalità prescindono.

Come verrà meglio chiarito in seguito, dunque, il diverso atteggiarsi del contenuto e dei caratteri del vincolo *inter partes* incide sulla disciplina applicabile al rapporto e determina il passaggio da un piano meramente obbligatorio ad uno strettamente organizzativo<sup>290</sup>.

### **6.1 Il possibile contenuto dei *covenants***

Le considerazioni sin qui svolte sembrano trovare conferma alla luce dell'esame del contenuto, ormai tipico, di alcune delle clausole contenute in contratti di finanziamento<sup>291</sup>.

In primo luogo, può considerarsi determinante ai fini della qualificazione della clausola in termini di «particolare vincolo contrattuale», la previsione che impone agli amministratori il rispetto di un *business plan* prenegoziato, quanto meno nelle sue linee strategiche fondamentali. In tale ipotesi, pur non riscontrandosi un'ingerenza sull'organo amministrativo concretizzantesi in poteri di veto o in divieti puntuali, né manifestandosi

---

<sup>290</sup> Ed, infatti, alla circostanza che il contenuto dei diritti amministrativi attribuiti da strumenti finanziari partecipativi o, in generale, da *covenants* possa variare dalla mera attribuzione di poteri funzionali alla semplice difesa dell'investimento realizzato sino a forme più stringenti che permettano una più o meno pervasiva compartecipazione al governo della società, consegue la possibilità di distinguere «due distinte tipologie di posizioni giuridiche, l'una compatibile con una matrice puramente obbligatoria del relativo rapporto, l'altra avente un'impronta prettamente organizzativa»; in tal senso, CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, cit., p. 48 ss. Secondo RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, cit., p. 1091, la *corporate finance* incide sulla *corporate governance* nel momento in cui «il soggetto finanziatore tende ad acquisire diritti di controllo, *recte* di ingerenza, qualitativamente diversi rispetto a quelli che possono spettare ai membri della compagine sociale, andando oltre le più semplici forme di protezione del creditore di fronte a sempre possibili comportamenti pregiudizievoli della società».

<sup>291</sup> SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, cit., p. 640, propone una classificazione ed un'attenta rassegna del contenuto dei *covenants* più diffusi nella prassi.

l'influenza nel *day by day mangement*, appare evidente che l'intero operato di tale organo o, comunque, le sue principali scelte altro non siano che l'espressione di una strategia contrattualmente predeterminata<sup>292</sup>.

A tale tipologia di clausola, legittimante un evidente ed inequivoco condizionamento delle scelte della società finanziata, si affiancano clausole di diverso e più limitato contenuto che, seppur singolarmente non dotate di quella intensità sufficiente ad integrare il connotato tipico dell'influenza dominante, complessivamente considerate possono tradursi in un potere di ingerenza dell'impresa finanziatrice particolarmente stingente, benché confinato entro i limiti delle politiche finanziarie.

In proposito, si registra la presenza all'interno dei contratti di finanziamento di previsioni, diversamente combinate tra loro, suscettibili di incidere sulla gestione del patrimonio, mobiliare ed immobiliare, della finanziata alla quale viene inibito di porre in essere atti di disposizioni dei propri beni, di qualunque tipo<sup>293</sup>, così come di effettuare finanziamenti, sotto qualsiasi forma, a favore di terzi.

A tali clausole si accompagnano previsioni finalizzate a mantenere invariate le condizioni esistenti al momento della stipula del contratto. Rientrano in tale categoria il divieto imposto alla società finanziata, salvo il preventivo consenso della banca, di cessare o apportare cambiamenti sostanziali alla propria attività, di modificare lo statuto ed, in particolare,

---

<sup>292</sup> Previsioni di questo tipo risultano particolarmente frequenti in forme di finanziamento "partecipative", nelle quali la remunerazione dell'operazione è data da un'aspettativa di elevato *capital gain* che, dunque, «presuppone che nell'arco temporale negoziato si realizzi un significativo incremento di valore della *portfolio company* (il che a sua volta presuppone che l'amministrazione della società medesima sia avvenuta nel rispetto di una logica di continuità con la gestione pregressa, su cui il fondo di *private equity* ha fatto affidamento, di elevati *standards* qualitativi, nonché di un *business plan* prenegoziato per lo meno nelle sue linee strategiche fondamentali)». In tal senso, DONATIVI, cit., p. 208.

<sup>293</sup> La forte influenza sulla gestione del patrimonio immobiliare si concretizza, in alcuni contratti, persino nella limitazione dell'autonomia contrattuale della finanziata, la cui decisione, ad esempio, di stipulare contratti di locazione dei propri immobili risulta, talvolta, subordinata al preventivo giudizio dell'impresa finanziatrice.

l'oggetto sociale, di trasferire la sede dell'impresa all'estero, di ridurre il capitale, se non in presenza di obblighi di legge.

Incidono, inoltre, sulle politiche finanziarie della controllata le clausole contenenti impegni a non acquistare azioni proprie o a non effettuare investimenti tecnici per importi superiori a predeterminate soglie od, ancora, la previsione di limiti all'acquisto di partecipazioni in altre società, di poteri di veto in merito all'emissione di obbligazioni o alla costituzione di patrimoni destinati, del divieto di distribuire utili tra i soci, dell'obbligo di provvedere all'immediata e totale copertura di perdite di esercizio e di immettere nuova finanza in azienda, a titolo di conti capitale, qualora i flussi prospettici previsti non si realizzino secondo le ipotesi prefissate in sede di concessione dell'affidamento<sup>294</sup>.

A tali previsioni si aggiungono, infine, le clausole con le quali la società finanziata si impegna a non intraprendere, senza il preventivo consenso della propria controparte, procedure di liquidazione volontaria o operazioni straordinarie di fusione, scissione e/o trasformazione.

Tutti i doveri di comportamento esemplificativamente richiamati, lungi dal rimanere meri vincoli finalizzati al monitoraggio dell'attività dell'impresa finanziata, evidentemente si sostanziano nel potere ben più stringente della banca di influire, in maniera determinare, su significativi aspetti dell'attività sociale<sup>295</sup> di cui, normalmente, amministratori e soci<sup>296</sup> sono gli unici a poter disporre.

---

<sup>294</sup> Sul punto PIEPOLI, cit., p. 504.

<sup>295</sup> RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, cit., pp. 1093 – 1094, ritiene possibile attribuire all'impresa finanziatrice il ruolo di controllante su base contrattuale all'esito «dell'analitico esame dei *restrictive covenants* e dalla verifica sul campo della loro effettiva applicazione in costanza di rapporto». Per l'A., ai fini dell'affermazione del ricorrere della fattispecie contemplata dall'art. 2359 n. 3 c.c., sarebbe sufficiente il riscontro dell'imposizione di un'influenza dominante effettiva in virtù di vincoli contrattuali «anche su una sola delle principali *business areas* della società dominata, e tra esse potrebbe rientrare a pieno titolo quella che attiene agli aspetti finanziari». Nello stesso senso, MONTALENTI, cit., p. 320, secondo il quale il controllo consiste nell'esercizio dei poteri di nomina degli amministratori e, in senso lato, dei poteri organizzativi - modifiche statutarie ed



L'attribuzione di poteri così caratterizzati se, da un lato, non pare si risolva in un totale affidamento alla controparte della gestione dell'impresa finanziata, tipico del contratto di dominio, dall'altro non può ritenersi, di per sé, irrilevante ai fini del controllo esterno. Ed, infatti, soprattutto là dove i vincoli innanzi richiamati siano previsti cumulativamente dal contratto, come di frequente avviene nella prassi, non pare possibile mettere in discussione la loro idoneità a condizionare in modo tanto significativo la vita sociale dell'impresa finanziata da configurare gli estremi dell'influenza dominante.

La presenza di siffatte clausole, in altre parole, innegabilmente, "ingessa" la società, spingendo i suoi organi ad adottare decisioni che

---

operazioni di riorganizzazione societaria quali fusioni e scissioni - nonché delle scelte finanziarie.

<sup>296</sup> La possibilità che un contratto di finanziamento, stipulato dagli amministratori delle società contraenti, sia idoneo ad attribuire all'impresa finanziatrice il potere di influenzare le decisioni di competenza di tutti gli organi della società finanziata, incidendo sulla sua *governance*, ha, tuttavia, sollevato perplessità in dottrina. Nel contesto normativo precedente alla riforma, ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, cit., p. 112, nt. 18, e LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica*, cit., p. 182, concordavano, infatti, nel ritenere che le società di capitali interessate alla stipula di rapporti negoziali incidenti sulle competenze assembleari potessero procedervi solo là dove i propri amministratori fossero stati preventivamente autorizzati dall'assemblea dei soci. *Contra*, RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., pp. 129 ss., secondo il quale l'inesenzialità del coinvolgimento assembleare trovava giustificazione nella circostanza che l'autorizzazione dei soci non escludesse la personale responsabilità degli amministratori. Alla luce dell'attuale contesto normativo, rileva VALZER, cit., p. 883, che là dove un contratto sia idoneo ad incidere sulle competenze dell'assemblea o, più in generale, ad alterare il sistema di governo di una delle società contraenti, la sua conclusione debba essere decisa dai soci di quest'ultima. Nello stesso senso, SCANO, *Debt covenants e governo delle società per azioni solventi: il problema della lender governance*, Relazione al Convegno "Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi", Roma, 29 - 30 gennaio 2010, secondo il quale l'assemblea rimane organo sovrano, potendo, in ogni caso, adottare delibere in contrasto con gli impegni assunti dagli amministratori. Per l'A., tale potenziale conflitto va, tuttavia, risolto preventivamente mediante l'interpello dei soci prima della stipula del vincolo. TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratto di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, cit., distingue l'ipotesi in cui il contratto sia stipulato tra società già appartenenti ad un gruppo che, in quanto non implicante alcuna modifica della struttura organizzativa e dell'area di rischio delle società coinvolte, è finalizzato esclusivamente a meglio definire e formalizzare un assetto di poteri e competenze già effettivo, da quello attraverso il quale più società autonome entrano a far parte di un gruppo gerarchico. Pur attribuendo in entrambi i casi all'organo amministrativo la competenza in merito alla conclusione del contratto, l'A. afferma che solo nella seconda ipotesi il «dovere di diligenza» impone agli amministratori di chiedere l'autorizzazione non scritta dell'assemblea in sede ordinaria.

possano incontrare il consenso del finanziatore ed evitare il rischio di inadempimento.

In ogni caso, solo analizzando il contenuto del vincolo e l'effettiva portata ed intensità delle limitazioni poste all'autonomia dell'impresa finanziata, di volta in volta sarà possibile ricondurre l'eventuale nascita di una posizione di controllo esterno all'espressa previsione contrattuale di poteri di ingerenza sull'impresa finanziata o, al contrario, all'esercizio, di fatto ed in virtù della posizione di forza generata dal vincolo, di un'influenza dominante su aspetti della vita sociale estranei all'oggetto del contratto.

Va, tuttavia, osservato che, ove si negasse *a priori* la rilevanza ai fini del controllo dell'esercizio di poteri positivamente sanciti dal vincolo, attribuendo rilievo esclusivamente all'influenza esercitata, di fatto, in virtù di quei poteri, ancora una volta, risulterebbero attratte nella sfera del giuridicamente irrilevante situazioni in cui l'origine di una decisione sociale viene "spostata" al di fuori della società o, comunque, condizionata in modo determinante da fattori ad essa esterni.

Differentemente dalle clausole sin qui analizzate, l'astratta insufficienza ai fini del raggiungimento della soglia di intensità necessaria perché l'influenza esercitata sulla propria controparte diventi «dominante» induce ad escludere dall'inquadramento tra i particolari vincoli contrattuali le clausole contenenti obblighi di *disclosure* così come i cd. *financial covenants*<sup>297</sup>, in quanto volti a garantire all'impresa finanziatrice il solo monitoraggio del livello di indebitamento e della stabilità patrimoniale dell'impresa finanziata, senza

---

<sup>297</sup> Tali vincoli, volti a garantire la compatibilità tra la struttura patrimoniale e finanziaria dell'impresa ed il nuovo volume di debiti dalla stessa assunti, generalmente prevedono l'impegno del debitore a mantenere un capitale netto contabile non inferiore ad un minimo stabilito, in relazione ad una data di riferimento iniziale, ma anche in dipendenza del risultato di eventuali operazioni di ricapitalizzazione; l'indebitamento totale entro un determinato limite rispetto al capitale netto; l'indicatore di "liquidità corrente" non inferiore al minimo stabilito; il livello di capitale circolante netto al di sopra di un limite prefissato; gli oneri finanziari entro una percentuale del fatturato, oppure del margine operativo lordo. Ancora, clausole di questo tipo possono prevedere la possibilità di *default* in concomitanza del verificarsi di una perdita di esercizio o di componenti straordinarie di reddito, tipicamente rivalutazioni dell'attivo, superiori al risultato di esercizio o in rapporto allo stesso.

alcun potere positivo ed effettivo di imporre o di influenzare decisioni inerenti la sua attività d'impresa<sup>298</sup>.

Per quanto attiene, infine, alle clausole contenenti obblighi di concessione al finanziatore delle medesime garanzie fornite a terzi - cd. *pari passu* - o di divieti di concedere garanzie reali sul patrimonio aziendale - cd. *negative pledge* - particolarmente difficile appare il loro inquadramento tanto in termini di mero "controllo tecnico", strumentale alla piena e corretta realizzazione del programma negoziale, quanto in termini di vero e proprio controllo gestionale.

E' certamente vero, infatti, che il mancato rispetto di una delle suddette previsioni esporrebbe il finanziatore ad un aumento del rischio dell'operazione, in quanto questi vedrebbe il proprio credito chirografario "scavalcato" da quello garantito concesso successivamente a terzi, ma tali previsioni non paiono sufficienti a generare, ove isolatamente considerate, l'influenza dominante rilevante ai fini del controllo.

L'evidente elasticità del contenuto delle clausole contrattuali e la possibilità di prevedere poteri di influenza ed ingerenza più o meno ampi, anche in questo caso induce, infatti, a non ricercare conclusioni assolute.

Sebbene, dunque, i meri obblighi di monitoraggio o i soli divieti di concessione di garanzie non siano sufficienti ad affermare la sussistenza di una posizione di controllo esterno, sarà necessario accertare, caso per caso, se la loro presenza, certamente sintomatica di una posizione di debolezza economica, si accompagni all'esercizio di poteri di natura più strettamente gestionale, anche se non formalizzati all'interno del vincolo. Solo in tali casi sarà possibile affermare che ricorrono tutti gli elementi tipici della fattispecie del controllo esterno.

In definitiva, come è stato efficacemente osservato, la decisione di come costruire la struttura finanziaria della società non può essere guidata

---

<sup>298</sup> PIEPOLI, cit., p. 510.

solo da esigenze di allargamento dei canali di finanziamento dell'impresa, ma deve essere fondata sulla consapevolezza che l'intervento sui profili finanziari è suscettibile di riflettersi sulla sua *corporate governance*<sup>299</sup>.

## 7. Considerazioni conclusive

Le conclusioni raggiunte all'esito delle analisi delle fattispecie contrattuali del *franchising* e del finanziamento inducono a riesaminare, in termini più generali, il possibile contenuto di un vincolo contrattuale al fine di comprendere la natura della relazione che esso può generare tra i contraenti e, soprattutto, di individuare in astratto le previsioni che, in quanto sintomatiche di una mera posizione di soggezione, non possono qualificarsi come «particolari vincoli contrattuali» rilevanti ex art. 2359, n. 3, c.c..

Partendo, dunque, dalla premessa che occorre distinguere il piano strettamente negoziale da quello della *governance* della società debole<sup>300</sup>, è possibile individuare tre diverse categorie di clausole.

Come più volte affermato, le uniche previsioni contrattuali realmente in grado di generare una situazione di controllo esterno vanno ricondotte a quelle idonee ad attribuire ad una società il potere di influire sull'attività di un'altra e di indirizzarne talune scelte gestorie strategiche, quali quelle relative alle sue politiche commerciali o finanziarie.

---

<sup>299</sup> TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni* (Corporate governance e categorie rappresentative del fenomeno societario), cit., p. 1101, che evidenzia come sulla *corporate governance* incida, altresì, la circostanza che, per effetto della «implementazione» della struttura finanziaria della società, la nozione di interesse sociale perda la propria centralità per cedere il passo alla composizione dei diversi interessi che, attraverso la società stessa, gli operatori economici intendono realizzare. Per effetto della moltiplicazione di interessi, tra loro potenzialmente configgenti, sorge il problema di capire quali di essi gli amministratori debbano perseguire nella gestione dell'impresa. In tal senso, WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, cit., pp. 276 – 277; RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, cit., p. 1070; SANTOSUOSSO, cit., p. 642.

<sup>300</sup> PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, cit., p. 631.

Tali caratteri del vincolo sono gli unici che, in quanto consentono di influire in maniera immediata sui processi decisionali interni e, conseguentemente, sul comportamento esterno della controllata, confermano l'assunto iniziale per cui solo se l'influenza in virtù di esso esercitabile è analoga a quella derivante dalla titolarità di una partecipazione di maggioranza o, comunque, rilevante ai sensi dell'art. 2359, n. 2, c.c., può ritenersi esistente una posizione di vero e proprio controllo<sup>301</sup>.

La possibile portata di tali previsioni conferma, poi, l'ulteriore assunto in base al quale i «particolari vincoli contrattuali», pur tendendo a sfumare in vincoli rilevanti ex art. 2497 *septies* c.c., nell'ipotesi di espressa attribuzione di poteri di influenza sulla gestione, da questi si differenziano in quanto sostanziantisi in clausole atipiche che trovano la loro causa nei contratti, generalmente tipici, cui afferiscono. Ed, infatti, in entrambe le fattispecie contrattuali esemplificativamente analizzate, i particolari vincoli da cui si origina la posizione di controllo trovano la loro giustificazione nello scopo del contratto principale, al quale sono strettamente legate, con la conseguenza che la sanzione connessa alla violazione degli obblighi assunti dalla parte debole va individuata esclusivamente nella revoca della licenza o del finanziamento e, dunque, nella risoluzione del vincolo.

Tale considerazione consente, altresì, di confermare come l'imposizione di vincoli di natura gestionale non costituisca l'oggetto del contratto, ma solo un suo effetto, la cui permanenza appare indissolubilmente legata alle vicende del rapporto principale.

Va, infine, considerato che l'idoneità di un vincolo a generare una posizione di controllo esterno prescinde dalla sua legittimità: la nozione di controllo, infatti, è volta a fotografare una situazione di fatto, a prescindere

---

<sup>301</sup> GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 180. Sulla necessaria unitarietà del concetto di influenza dominante nelle diverse fattispecie di controllo descritte dall'art. 2359 c.c., pur in considerazione della diversità di modi e mezzi attraverso i quali essa viene conseguita anche SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 103.

dalla validità delle clausole in virtù delle quali il dominio viene esercitato<sup>302</sup>. Ne consegue la rilevanza, ai fini del controllo esterno, anche di quelle particolari ipotesi di abuso di dipendenza economica caratterizzate per lo sfruttamento da parte del contraente forte della posizione di squilibrio di forza contrattuale nascente dal vincolo al fine di sottoporre la controparte alla propria ingerenza gestionale.

Dai vincoli appartenenti a tale categoria vanno, in primo luogo, distinte, in quanto inidonee a dar luogo ad un fenomeno di controllo societario vero e proprio, le clausole “socialmente tipiche”, ossia quelle generalmente presenti in un contratto commerciale appartenente ad un tipo determinato, nelle quali è certamente possibile rinvenire quella forma, più limitata, di cd. “controllo tecnico”, strumentale alla corretta esecuzione del contratto.

Non può, tuttavia, escludersi che, in tali fattispecie, il contraente forte sfrutti a proprio vantaggio la situazione di fisiologica debolezza in cui, per effetto del vincolo, la propria controparte viene a trovarsi, imponendole obblighi non espressamente sanciti dal contratto, tanto nel corso della sua esecuzione quanto nella fase del rinnovo<sup>303</sup>.

Al pari delle clausole di controllo tecnico, l'esercizio abusivo dei diritti da esse nascenti che non si traduca in un'ingerenza gestionale, ma rimanga confinato sul piano negoziale, non è sufficiente ad integrare la fattispecie del controllo esterno<sup>304</sup>, con la conseguenza che esso non può essere sanzionato con la responsabilità per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, che rappresenta la patologia del controllo.

---

<sup>302</sup> LAMANDINI, *Qualche spunto esegetico sulla nozione di 'controllo' ai fini del consolidamento integrale*, cit., p. 1467; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 86.

<sup>303</sup> COLANGELO, *op. cit.*, pp. 32 ss.; DI BIASE, cit., p. 844.

<sup>304</sup> Ciò è quanto avviene, ad esempio, nell'ipotesi di arbitraria interruzione delle relazioni commerciali ed in caso di rifiuto di vendere o di comprare, tipiche ipotesi di abuso di dipendenza economica che si collocano al di «fuori dal contratto». Sul tema, PINTO, cit., pp. 411 ss., secondo il quale la differenza tra le due condotte risiede nella circostanza che, mentre la prima presuppone la presenza di una relazione commerciale pregressa tra l'impresa dominante e l'impresa dipendente, il rifiuto di vendere o comprare può anche prescindere dall'esistenza di un contratto *inter partes*.

Dalle clausole effettivamente idonee a generare una relazione di controllo esterno vanno, infine, ulteriormente distinte quelle contenenti meri oneri, economici o giuridici, gravanti sulla parte debole, non strettamente necessari ai fini del raggiungimento dello scopo del contratto, clausole che evidenziano l'esistenza di una situazione di squilibrio, economico e/o normativo, tra le parti, illegittimamente sfruttata dal contraente forte.

Connotato peculiare di tale condotta abusiva, a differenza di quella precedentemente analizzata, è che essa non si sostanzia in comportamenti configgenti con le previsioni contrattuali, ma, al contrario, si caratterizza per la piena conformità tra la prima e le seconde, per cui l'abuso dalla posizione di forza economica e giuridica di uno dei contraenti va collocato, a monte, nella stessa imposizione di condizioni contrattuali eccessivamente squilibrate, non proporzionate e del tutto prive di giustificazione<sup>305</sup>.

Così definita la condotta abusiva, essa si inquadra nella nota fattispecie dell'abuso del diritto ed, in particolare, del cd. «abuso di potere contrattuale»<sup>306</sup> che, secondo la definizione recentemente elaborata dalla dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza si verifica nel momento in cui la parte forte, esercitando i diritti abusivamente sanciti dal contratto, arreca un altrimenti evitabile pregiudizio alla propria controparte<sup>307</sup>: contrasta, infatti,

---

<sup>305</sup> Rientrano tra i rapporti contrattuali che, pur dando origine ad ipotesi di abuso di dipendenza economica, non rilevano ai fini del controllo esterno quelli in cui, in virtù del vincolo stesso, una delle parti dispone di assoluta discrezionalità nella scelta di acquistare o vendere all'altra, così come quelle caratterizzate dall'imposizione di condizioni di scambio gravose o discriminatorie, la cui rilevanza rimane confinata sul piano negoziale. Sono abusive le condizioni che divergono in modo significativo da quelle praticate su mercati geograficamente diversi aventi uguale struttura, ma su cui operi la concorrenza, nonché le misure economiche attraverso le quali l'impresa dominante riesce ad escludere dai mercati a valle le imprese concorrenti. In tal senso, MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 153, secondo la quale risulterà impossibile «stilare un elenco, ancorché non tassativo, di clausole abusive o non abusive, giacché sarà il mercato a dire cosa è abusivo e cosa non».

<sup>306</sup> MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti d'impresa; verso una nuova clausola generale?*, in Riv. dir. civ., 2005, pp. 663 ss.

<sup>307</sup> L'idea che tra il contratto concluso tra operatori sofisticati, caratterizzato da un «minimalismo regolamentare» e quello concluso tra il professionista ed il consumatore,

con il principio di buona fede la scelta del contraente forte di darvi esecuzione in un modo tale da arrecare un danno all'altra parte, naturalmente nell'ipotesi in cui un medesimo o analogo risultato sia perseguibile con minor pregiudizio per quest'ultima<sup>308</sup>.

Da un punto di vista sanzionatorio, la circostanza che le previsioni contrattuali, di per sé vessatorie ed abusive, non incidano sulla gestione

---

caratterizzato, per quest'ultimo, dal fisiologico svantaggio derivante dall'interazione con un «repeat player», che ne giustifica il controllo sul contenuto, esista una «terra di mezzo» nella quale operano, quali «nuovi soggetti deboli», operatori professionali in condizione di dispari forza contrattuale, costituisce il fondamento della teoria del cd. terzo contratto, elaborata da PARDOLESI, in Prefazione a Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit.. Tale teoria nasce dall'esigenza di individuare dei meccanismi in grado di “sterilizzare” tale asimmetria negoziale, attraverso il ricorso ad una serie di disposizioni di recente introduzione, nelle quali è possibile individuare i frammenti di un più generale nuovo diritto dei contratti: l'art. 9 l. 192/98, in tema di abuso di dipendenza economica, l'art. 7 d.lgs. 231/02, in tema di ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, l'art. 3 l. 129/04, in materia di affiliazione commerciale. I rimedi introdotti attraverso queste disposizioni consentirebbero al giudice di intervenire con correttivi «esogeni» sul regolamento negoziale nelle situazioni in cui la disparità di potere contrattuale, comunque originatasi tra le parti, seppur professionali, «produca conseguenze tanto gravi da mettere a repentaglio la stessa idoneità, per la parte soccombente, di partecipare alla determinazione dell'assetto di interessi diviso in contratto». Attraverso le citate disposizioni al giudice sarebbe, dunque, attribuito il potere di verificare l'esistenza di ineguaglianze sistemiche a carico di imprenditori in posizione di dipendenza economica e di “correggerle” nel segno del riequilibrio tendenziale. Sul tema, AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, *passim*.

<sup>308</sup> Sul punto, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, pp. 11 ss. con nota di D'AMICO; in *Corr. Giur.*, 2009, pp. 1157 ss., con nota di MACARIO. La Corte di Cassazione si pronuncia sul controllo giudiziale relativo all'esercizio del recesso *ad nutum* da parte di una casa produttrice nei confronti di un cospicuo numero di suoi concessionari, i quali lamentano il carattere abusivo del recesso. La pronuncia suscita interesse in quanto alimenta il dibattito sviluppatosi in dottrina sulla definizione delle linee guida del nuovo diritto dei contratti. Al centro dell'elaborato percorso motivazionale la Corte colloca il concetto, tradizionalmente discusso tra i giuristi di ogni epoca, di abuso del diritto, chiamato ad operare come criterio decisivo per la soluzione di una delle più frequenti controversie nei rapporti tra imprese attive nel settore della distribuzione commerciale. Il “cuore” della pronuncia può, infatti, individuarsi nell'affermazione della S.C. secondo la quale «disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato». In definitiva, per la Corte gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono: a) la titolarità del diritto b) la possibilità di esercitare quel diritto secondo una pluralità di modalità c) il suo concreto esercizio secondo modalità che, pur formalmente legittime, siano censurabili rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico d) la circostanza che, a causa di tale modalità di esercizio si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. Conf., Cass., 18 ottobre 2003, n. 15483, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 305 ss., con nota di GRONDONA.



dell'impresa, ma siano la mera espressione di una situazione di squilibrio negoziale, impedisce che le stesse possano tradursi in vincoli rilevanti ai fini del controllo esterno, onde, anche in questo caso, all'illegittima condotta del contraente forte non potrà ricondursi la sanzione della responsabilità per l'esercizio di attività di direzione e coordinamento.

Può, in definitiva, concludersi che, in entrambe le fattispecie da ultimo esaminate si resti al di fuori dell'ambito applicativo della fattispecie del controllo esterno con la conseguenza che l'unico rimedio che, in tali ipotesi, potrà impiegarsi sarà quello, negoziale, della nullità parziale del vincolo, prevista dalla disciplina dell'abuso di dipendenza economica<sup>309</sup> e, ove se ne ammetta la portata espansiva, di quella cd. conformativa<sup>310</sup> disciplinata dall'art. 7 d.lgs. 231/02.

---

<sup>309</sup> La possibilità di utilizzare la disciplina prevista per l'abuso di dipendenza economica presuppone l'opzione in favore dell'orientamento, allo stato maggioritario, che ritiene che l'art. 9 della l. 192/98 non sia una norma di carattere eccezionale in quanto derogatoria rispetto al principio dell'autonomia negoziale, ma, al contrario, costituisca espressione dei principi generali di divieto dell'abuso del diritto, di buona fede, solidarietà contrattuale, correttezza ed equità nei rapporti tra imprenditori, nonché strumento di tutela del principio costituzionale della libertà di iniziativa economica. Trattandosi, dunque, di clausola generale, essa sarebbe destinata ad operare, al di là dello specifico rapporto di fornitura, in tutti i rapporti contrattuali tra imprese diretti ad instaurare una relazione verticale tra le stesse, caratterizzata da logiche di decentramento produttivo o distributivo e da uno squilibrio tra un soggetto forte ed uno debole. In tal senso, in giurisprudenza, Tribunale di Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *Foro It.*, 2004, pp. 262 ss., con nota di COLANGELO; Tribunale di Bari, ord. 6 maggio 2002, cit., in *Corr. Giur.*, 2002, pp. 1036 ss., con nota di BASTIANON; in *Danno e resp.*, 2002, pp. 765 ss., con nota di TASSONE; in *Foro It.*, 2002, pp. 2178 ss., con note di PALMIERI ed OSTI. In dottrina, COLANGELO, *op. cit.*, pp. 50 ss.; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit.; ROSAPEPE, *op. cit.*; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. imp.*, 1999, p. 88; CASO – PARDOLESI, cit., pp. 733 ss.; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica. La subfornitura*, Milano, 1998.

<sup>310</sup> Sul punto, VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, p. 115, secondo il quale la teoria del terzo contratto, nel tentativo di espansione delle regole protettive del consumatore a fattispecie diverse, lo renderebbe un «modello generale per disciplinare il funzionamento della nullità di protezione». A tale affermazione consegue che lo strumento comune di reazione allo squilibrio va individuato in «una nullità necessariamente parziale, perlopiù relativa, funzionale agli interessi protetti» cui si accompagna un generalizzato potere del giudice di riduzione ad equità del contenuto del contratto. Il binomio «nullità parziale + rideterminazione» costituisce il risultato della combinazione tra i rimedi previsti dall'art. 9 l. 192/98 e dall'art. 7 l. 231/02. In tal modo, per l'A., si è dato avvio al tentativo di ricostruire una nuova disciplina della nullità contrattuale, alla luce di innovazioni normative generalmente di derivazione comunitaria, dissonanti rispetto al modello consolidato di invalidità.

Al contrario, nella sola ipotesi di esercizio abusivo dei poteri derivanti da un contratto che, oltre ad essere fondato sulla disparità di potere negoziale tra le parti<sup>311</sup>, sia idoneo a far sorgere una posizione di controllo esterno può trovare applicazione la disciplina repressiva dettata dall'art. 2497 c.c..

Il concreto esame del possibile contenuto dei «particolari vincoli contrattuali» pare, infatti, confermare l'assunto in base al quale i poteri tipici di tale forma di dominio coincidono, sostanzialmente, con quelli caratteristici dell'attività di direzione e coordinamento. La circostanza che per effetto dell'esecuzione del rapporto contrattuale un contraente possa influenzare l'andamento dell'altrui attività imprenditoriale, condizionando la politica commerciale della propria controparte o determinando le scelte relative alla programmazione finanziaria dell'impresa controllata, costituisce, infatti, il sintomo tanto dell'esistenza di una posizione di controllo esterno quanto di un dominio extra – assembleare tipico della direzione unitaria<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> Non può, tuttavia, escludersi che lo stesso vincolo da cui si origina il controllo sia il risultato di un abuso di autonomia negoziale, eventualità legata alla dimostrazione che la stessa decisione della controllata di assoggettarsi al potere di direzione della controllante sia condizionata dalla posizione di forza contrattuale su di essa esercitata dalla propria controparte, già precedentemente alla conclusione del contratto. In tale ipotesi, al rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2497 c.c. dovrebbe sostituirsi l'applicazione del rimedio invalidatorio. Sul punto, AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, p. 22 e ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, ivi, pp. 239 ss., ritengono che, nell'ambito dei gruppi di imprese, sia derivanti da partecipazione azionaria sia nei casi in cui il controllo sorga da un vincolo contrattuale, non potrebbe trovare applicazione la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, pur essendo il contratto infragruppo concluso tra due soggetti imprenditori e in una condizione di squilibrio economico e di dispari forza contrattuale, con la conseguenza che la società capogruppo potrebbe, anche sulla base di siffatto vincolo, coordinare e dirigere la società controllata.

<sup>312</sup> L'analogia tra i poteri tipici delle due fattispecie pare confermata, seppur implicitamente, dalla più volte citata sentenza del Tribunale di Pescara del 2 febbraio 2009, con la quale, nel tentativo di delineare gli indici dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento su base contrattuale, vengono, di fatto, individuate le clausole ed i poteri sintomatici di una posizione di controllo esterno. Esemplicamente, infatti, viene ritenuto indice dell'esercizio della suddetta attività il potere *ex contractu* di una società di «imporre alla controparte una determinata struttura finanziaria», oppure di definirne le strategie di mercato od, ancora, di determinarne la politica dei prezzi. Nello stesso senso ROSSI, cit., p. 1139, il quale afferma che la creazione ed il rafforzamento di tale attività si attua mediante «ogni sorta di atti giuridicamente rilevanti, fra i quali, in primo luogo quelli che vanno sotto il nome di “contratti d'impresa”». NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, cit., p. 1003, rileva come, non a

D'altra parte, pare eccessivo presumere che un intervento così "invasivo" della controllante possa trovare la propria giustificazione esclusivamente nella prospettiva della corretta esecuzione del contratto<sup>313</sup>, così come non pare sufficiente l'applicazione di una sanzione di natura meramente negoziale nell'ipotesi di abusivo esercizio dei poteri derivanti da vincoli di siffatta intensità<sup>314</sup>, in quanto, in ogni caso, non potrebbe impedirne la spontanea esecuzione.

---

caso, il tema dei contratti di distribuzione rappresenti un tradizionale campo di studio tanto per i cultori del diritto *antitrust* che per quelli del diritto dei gruppi di società.

<sup>313</sup> RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., p. 61.

<sup>314</sup> In tal senso, invece, ANGIOLINI, cit., pp. 84 ss.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008
- ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in AA.VV., *I gruppi di società*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1991
- ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia private nel diritto societario italiano*, Banca borsa tit. cred., 1999, 545 ss.
- ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, nota a Cass. 6 marzo 1999, n. 1925 e 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. Comm.*, 2000, II, 147 ss.
- AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B2b)*, in *Contr. imp.*, 2008, 1333 ss.
- ANGELICI, *La partecipazione azionaria nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 16, tomo 2, Torino, 1985
- ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica e controllo societario*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 72 ss.
- AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008
- AMATUCCI, *La nuova disciplina delle partecipazioni sociali*, in *La disciplina dei gruppi di società nella novella del 1974*, a cura di Amatucci, Candi, d'Alessandro, Fanelli, Milano, 1978
- ASCARELLI, *In tema di società e personalità giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955
- ASCARELLI, *In tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955
- BALDI – VENEZIA, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milano, 2006

- BASSI, *Gruppi di imprese*, in Manuale di diritto commerciale, a cura di Buonocore, Torino, 2007
- BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi d'impresa*, in Riv. dir. Soc., 2010, 414 ss.
- BIANCHI, *I «contratti di impresa» (Unternehmesverträge) del diritto dei gruppi tedesco: valutazioni e problemi*, in Riv. soc., 1984, 1005 ss.
- BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990
- BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale e le norme antitrust europee*, Padova, 2004
- CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi*. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996
- CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2003 - 2006
- CANDI, *Le partecipazioni reciproche dopo la riforma*, in *La disciplina dei gruppi di società nella novella del 1974*, a cura di Amatucci, Candi, d'Alessandro, Fanelli, Milano, 1978
- CAPO, *La normativa sull'affiliazione commerciale e la tutela contrattuale dell'imprenditore "debole". Appunti per uno studio sulla disciplina della contrattazione "asimmetrica" tra imprese*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005
- CARBONE, *Un contrastato caso di "controllo esterno" tra società di capitali*, in *Corr. giur.*, 2001, 1429 ss.
- CARDARELLI, *Concentrazioni. Spunti tra regole codicistiche e di mercato*, Milano, 1996
- CARDARELLI, *Controllo contrattuale ed abuso della posizione di controllante*, nota a Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, in *Soc.* 2002, 316 ss.

- CASO – PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in Riv. dir. priv., 1998, 712 ss.
- CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009
- CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in Le nuove leggi civ. comm., 2004, 1153 ss.
- CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006
- CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo fra imprese*, in Riv. dir. comm., 1983, 257 ss.
- COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004
- COLOMBO, *Informazione societaria e gruppi di società*, in AA.VV., *L'informazione societaria*, Milano, 1981
- COLOMBO, *Il bilancio di esercizio: strutture e valutazioni*, Torino, 1987
- COTTINO, *Diritto Commerciale*, Padova, 1994
- D'ALESSANDRO, *La nuova disciplina dei gruppi di società (note esegetiche)*, in Amatucci, Candi, d'Alessandro, Fanelli, *La disciplina dei gruppi di società nella novella del 1974*, Milano, 1978
- DAL SOGLIO, *Artt. 2497 sexies - 2497 septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005
- DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000
- DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in Giur. mer., 2006, 2149 ss.
- DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974
- DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in Contr., 2004, 761 ss.
- DE NOVA – LEO – VENEZIA, *Il franchising*, Milano, 2004
- DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in Eur. dir. priv., 2007, 801 ss.

- DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in Riv. Dir. Comm., 2006, 792 ss.
- DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1990
- DONATIVI, *Strumenti di corporate governance nel rapporto tra fondi di private equity e PMI*, in Banca, borsa, tit. cred., 2008, 205 ss.
- FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006
- FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in Contratto e antitrust, a cura di Olivieri e Zoppini, Bari, 2008
- FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del convegno svoltosi a Bellagio il 19-20 giugno 1981, Milano, 1982
- FERRI, *Le società*, Trattato di diritto civile italiano, fondato da Vassalli, X, 3°, Torino, 1987
- FERRI jr., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di MONTAGNANI, Milano, 2004
- FERRO – LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in Giur. Comm. 1994, I, 419 ss.
- FIGA' – TALAMANCA, *Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società*, Riv. dir. Civ., 1993, II, 333 ss.
- FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in Contr. imp., 1999, 83 ss.
- FRE' – SBISA', *Società per azioni*, in Commentario Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1961
- FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004
- FRIGNANI, *Franchising: c'è bisogno di una nuova legge?*, Contratti, 2008, 67 ss.
- GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1976
- GALGANO, *L'impresa*, in Tratt. di dir. comm e dir. pubbl. econ., diretto da Galgano, Padova, 1978

- GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1994
- GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le Società*, diretto da Galgano, Padova, 2002
- GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 2005
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. di dir. comm e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2006
- GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 609 ss.
- GRANDE STEVENS, *Società controllate e collegate – rappresentanza in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1974, 802 ss.
- GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963
- GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957
- GUERRA, *L'informazione societaria e le società controllate* in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995*, Milano, 1996, II
- GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, *Riv. dir. comm.*, 2003, 439 ss.
- GUIZZI, *Partecipazioni "qualificate" e gruppi di società*, in *AA.VV., Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003
- JAEGER, *I "gruppi" tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 916 ss.
- JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.* 1994, I, 476 ss.
- JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995*, Milano, 1996
- JAEGER – DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000



- LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995
- LAMANDINI, *Qualche spunto esegetico sulla nozione di “controllo” ai fini del consolidamento integrale*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi*. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996
- LAMANDINI, *Artt. 2359 - 2359 quinquies*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini – Stagno D’Alcontres, Napoli, 2004
- LAMANDINI, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001
- LEMME, *Il governo del gruppo*, Padova, 1997
- LIBERTINI, *La motivazione obbligatoria delle decisioni nelle società soggette a direzione e coordinamento (art. 2497-ter c.c.)*, Relazione al Convegno Paradigma, Milano, 27 maggio 2003
- LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981
- LOFFARI, *Sul controllo esterno – contrattuale in materia societaria*, in *Giust. Civ.*, 2004, 2426 ss.
- LUTTER, *Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe*, in *ZGR*, 1982, 244 ss.
- LUTTER – ZOLLNER, *Il diritto delle imprese collegate in Germania*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi*. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996
- MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti d’impresa; verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 662 ss.
- MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica. La subfornitura*, Milano, 1998
- MANZINI, *Abuso del controllo contrattuale societario esterno*, *Dir. Prat. soc.* 2002, 70 ss.
- MANZONE, *La nozione di controllo nel nuovo testo dell’art 2359 c.c.*, in *Impresa*, 1991, 2460 ss.

- MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996
- MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003
- MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in Riv. Dir. Comm., 2007, 267 ss.
- MINERVINI, *La capogruppo e il «governo» del gruppo*, in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996
- MIO, *Informazione controllo nei gruppi*, Torino, 1993
- MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in Riv. soc., 2007, 317 ss.
- MUSSO, *Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali»*, in Contr. Impr., 1995, 19 ss.
- MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo «contrattuale»*, Contr. imp., 1999, 351 ss.
- NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004
- NERI, *Il contratto di franchising tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza*, in Dir. Giur., 2007, 236 ss.
- NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi*, in Riv. Dir. comm., 2003, 373 ss.
- NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, Giur. comm., 2004, 983 ss.
- NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1975
- NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini della fattispecie e profili della disciplina*, in Banca borsa tit. cred., 2003, 542 ss.

- NOBILI – VITALE, *La riforma delle società per azioni*, Milano, 1975
- OLIVIERI, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. 7, Torino, 1994
- PARDOLESI, in Prefazione a Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004
- PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957
- PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2009, 601 ss.
- PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 428 ss.
- PAVONE LA ROSA, *"Controllo e gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari*, in *Dir. fall.*, 1985, 18 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Tipologia dei vincoli di "controllo" e dei "gruppi" societari*, in *Trattato delle Società per Azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1991
- PAVONE LA ROSA, *Disciplina del "controllo" e dei "gruppi"*, in *Trattato delle Società per Azioni* diretto da Colombo e Portale, II, Torino, 1991
- PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di "controllo" e "gruppo" nelle aggregazioni societarie*, *Contr. impr.*, 1997, 508 ss.
- PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Riv. soc.*, 2003, 765 ss.
- PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997
- PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007

- PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, Relazione al Convegno *I covenants finanziari*, Bari 6 giugno 2008, in Riv. dir. Soc., 2009, 627 ss.
- PERRINO, *Il gruppo di società tra fatto e contratto*, in Foro It., I, 2009, 2829 ss.
- PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Profili civilistici dei covenants*, in Banca borsa tit. cred., 2009, 498 ss.
- PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in Riv. Dir. Civ., 2000, 389 ss.
- PISONI, *Gruppi aziendali e bilanci di gruppo*, Milano, 1983
- PORTALE, "Prestiti subordinati" e "prestiti irredimibili" (appunti), in Banca borsa tit. cred. 1996, 1 ss.
- PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002;
- RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002
- RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, in Giur. comm., 2008, 1065 ss.
- RODORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in Soc., 2004, 541 ss.
- RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999
- ROSAPEPE, *Attività d'impresa e dipendenza economica*, Salerno, 2000
- ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in Riv. soc., 2005, 1131 ss.
- SALOMONE, *I covenants a tutela dei finanziamenti*, in Impresa, 2003, 1618 ss.
- SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*. Torino, 2001

- SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, vol. 3, Torino, 2007
- SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *Riv. dir. Soc.*, 2009, 639 ss.
- SATTIN – BONIPERTI, *Mezzanine financing: la "via di mezzo" tra debito e capitale di rischio*, in *Amministrazione e finanza*, 2000, 24
- SBISA', *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, in *Riv. Soc.*, 1992, 906 ss.
- SBISA', *Società controllate e società collegate*, in *Contr. Imp.* 1997, I, 339 ss.
- SCANO, *Debt covenants e governo delle società per azioni solventi: il problema della lender governance*, *Relazione al Convegno "Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi"*, Roma, 29 - 30 gennaio 2010
- SCHIONA – GAMBINO, *La riforma detta nuove regole per il finanziamento delle imprese*, in *Dir. Prat. soc.*, 2003, 24 ss.
- SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997
- SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 622 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma, 1989
- SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996
- SCOTTI CAMUZZI, *Società per azioni accomandante di società in accomandita semplice*, in *Contr. Imp.*, 1989, 97 ss.
- SERAFINI, *La qualificazione dei rapporti di controllo ai fini dell'accertamento dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 108 ss.
- SIMONETTO, *Acquisto di azioni o quote di società controllante e loro regime*, in *Giur. comm.*, 1974, 694 ss.

- SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in Riv. soc., 1995, 640 ss.
- SPOLIDORO, *Gruppi di società e gruppi di imprese*, in I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16.17.18 novembre 1995, Milano, 1996
- SRAFFA e BONFANTE, *Società in nome collettivo fra società anonime*, in Riv. dir. Comm., 1921, 612 ss.
- TANTINI, *Materiali per lo studio della nuova disciplina della società per azioni*, Padova, 1974
- TOMBARI, *Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di “coordinamento gerarchico”, “contratto di servizio” infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell’attività di direzione e coordinamento)*, Studio n. 248/09, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).
- TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997
- TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria delle società per azioni (Corporate governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, in Riv. soc., 2004, 1082 ss.
- TOMBARI, *Strumenti finanziari “partecipativi” (art. 2346, ultimo comma c.c.) e diritti amministrativi nella società per azioni*, in Riv. dir. Comm., 2006, 143 ss.
- TONELLO, *Il contratto di dominio: e se ne ritentassimo l’esame di meritevolezza?*, in Contr. e imp., 1995, 1078 ss.
- VACCA’, *Franchising: una nuova disciplina in cerca di identità*, in Contr. imp., 2004, 870 ss.
- VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3 Torino, 2007
- VELLA, *Il nuovo diritto societario e la “governante” bancaria*, in Banca imp. soc., 2003, 309 ss.

- VICARI, *I finanziamenti delle Banche a fini ristrutturativi*, in Giur. comm., 2008, 478 ss.
- VIETTI, *L'attività di direzione e coordinamento di società*, in Rass. giur. energia elett., 2004, 717 ss.
- VILLA, *Invaldità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008
- VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in Riv. Dir. Comm., 1934, I, 309 ss.
- WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in Società, 2003, 270 ss.
- ZANARONE, *La società a responsabilità limitata*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, VIII, 1985
- ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008

## GIURISPRUDENZA

- Cass. 29 aprile 1980 n. 2874
- Cass. 28 gennaio 1985, n. 464
- Tribunale di Napoli, 19 marzo 1985
- Tribunale di Torino, sentenza 21 aprile 1986
- Cass. 13 giugno 1986
- App. Roma, 23 giugno 1988,
- App. Milano, 9 settembre 1988
- Cass. S.U. 17 ottobre 1988 n. 5636
- Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439
- Cass. 4 maggio 1991, n. 4927
- App. Milano, sentenza 10 giugno 1991
- Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759
- Cass. 6 marzo 1999, n. 1925
- Cass. 14 settembre 1999, n. 9795
- App. Torino, 4 dicembre 2000
- Cass. 27 settembre 2001, n. 12094
- Tribunale di Bari, ord. 6 maggio 2002
- Cass., 18 ottobre 2003, n. 15483
- Tribunale di Catania, ord. 5 gennaio 2004
- Tribunale di Bari, 17 gennaio 2005
- Tribunale di Isernia il 12 aprile 2006
- Tribunale di Biella, 12 marzo 2007
- Tribunale di Milano, 23 aprile 2008
- Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009
- Cass. 18 settembre 2009, n. 20106