

«CONTROLLO» DI SOCIETÀ



giuffrè editore - 2011

---

*Estratto dal volume:*

DIZIONARI  
DEL DIRITTO PRIVATO

promossi da  
NATALINO IRTI

**DIRITTO  
COMMERCIALE**

*a cura di*  
NICCOLÒ ABRIANI

## « CONTROLLO » DI SOCIETÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La nozione di « controllo » e i suoi profili problematici: a) il controllo plurimo disgiunto e i patti di sospensione del voto. — 3. (Segue): b) « controllo », « influenza dominante » e « direzione unitaria ». — 4. (Segue): c) il « controllo » congiunto. — 5. (Segue): d) « controllo » e regolamentazioni statutarie o convenzionali del voto. — 6. (Segue): e) il « controllo » contrattuale.

**1. Premessa** — Malgrado la recente riforma del diritto societario abbia ulteriormente accresciuto la già ben nota centralità della nozione di « controllo » nel contesto della disciplina delle società di capitali, aggiungendo alle discipline codicistiche preesistenti, in tema di acquisto di azioni proprie e di rappresentazione contabile delle partecipazioni nelle controllate, il nuovo « statuto » della direzione e coordinamento e enunciando una presunzione di direzione e coordinamento che si fonda sulla nozione di controllo dettata ai fini del consolidamento « o comunque » ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. (v. art. 2497 *sexies* cod. civ.) — in tal modo costruendo una presunzione di secondo grado sulla « presunzione di primo grado » che *nella sostanza* costituisce il *proprium* della nozione di « controllo » — il d. lg. 17 gennaio 2003, n. 6 non ha modificato in alcun modo il contenuto letterale del previgente art. 2359 cod. civ. La legislazione speciale, dal canto suo, continua a fare ampio uso della nozione di « controllo », rinviando in genere a quella dettata dall'art. 2359 cod. civ., integrandone o limitandone tuttavia la portata in funzione dei particolari interessi oggetto di tutela.

**2. La nozione di « controllo » e i suoi profili problematici: a) il controllo plurimo disgiunto e i patti di sospensione del voto** — La nozione di controllo che, come è noto, è stata al centro di un intenso e talora vivace dibattito dottrinale

negli anni Novanta, pone dunque una serie di rilevanti questioni interpretative.

Il legislatore della riforma non ha innanzitutto ritenuto necessario precisare se la definizione prevista ai n. 1-3 (ed espressa dalla formula « si considerano società controllate ») vada considerata imperativa (dovendosi considerare una *factio iuris* o comunque una presunzione assoluta), ovvero costituisca una presunzione relativa, e se cioè essa ammetta la possibilità per la società che detenga una partecipazione che sia pari « alla maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria » (art. 2359, comma primo, n. 1) ovvero che sia astrattamente « sufficiente per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria » (art. 2359, comma primo, n. 2) di dare la prova contraria, e cioè la prova del mancato ricorrere in concreto dell'influenza dominante anche solo potenziale.

La questione assume particolare rilevanza concreta con riferimento alle ipotesi di « controllo plurimo disgiunto » e in particolare in quelle situazioni — già note alla prassi ma la cui emersione « alla luce del sole » dovrebbe essere ora favorita da quanto prevede ora l'art. 2497 *septies* cod. civ. — in cui la detenzione della partecipazione azionaria di maggioranza assoluta o relativa (pur in una situazione di azionariato diffuso) non si accompagni né all'effettivo esercizio dell'influenza dominante né alla semplice titolarità potenziale del relativo potere, giacché la società partecipata è *stabilmente* eterodiretta da altri soci o da terzi in virtù di contratti di

dominio «debole» (ai sensi dell'art. 2497 septies cod. civ.) i quali attribuiscono il potere di direzione e coordinamento a soggetti diversi dal titolare della partecipazione di maggioranza (assoluta o relativa).

Orbene se, come sembra, in difetto di una espressa previsione che ammetta la prova contraria, la definizione va ritenuta a contenuto imperativo, come si è in genere portati a ritenere che siano le norme definitorie e come potrebbe portare a ritenere altresì il fatto che l'ultimo comma dell'art. 2359 cod. civ. sembra distinguere tra il significato da attribuire al verbo «considerare» (espressivo di una qualificazione necessaria) e al verbo «presumere» (espressivo invece di una riconduzione induttiva che ammette la prova contraria), ne segue che, in base a quanto previsto nel comma primo dell'art. 2359 cod. civ.: a) il socio titolare della maggioranza solo relativa del capitale ordinario potrebbe sottrarsi all'operare nei suoi confronti della qualificazione in termini di società controllante, laddove vi fosse il controllo esterno di altri, solo contestando che quella partecipazione, nello specifico caso, effettivamente attribuisca «voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria» e dunque rientri nella fattispecie qualificatoria di cui al n. 2 della norma cui automaticamente il legislatore ricollega lo status di controllante: ciò tuttavia a costo di grande fatica interpretativa e imponendo una (davvero insicura) lettura «ortopedica» della disposizione in esame, giacché la norma con tutta evidenza ha riguardo, ai fini della qualificazione, esclusivamente ai rapporti di forza in sede di assemblea ordinaria e ai voti colà esercitabili (consentendo così al socio di maggioranza relativa di dimostrare che in effetti i suoi voti non sono determinanti, in concreto, ai fini dell'adozione delle delibere assembleari) mentre non attribuisce in sé alcun rilievo all'eventuale interferenza tra controllo interno ed esterno; b) la lettera del n. 1 della norma parimenti non consente a chi «dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria» di sottrarsi alla riconduzione alla qualificazione di controllante anche in ipotesi di concorrente controllo

esterno. Ciò beninteso non esclude che — in entrambi i casi ora considerati — la presunzione non possa essere temperata in base a quanto previsto dal comma secondo della norma in esame, là dove essa prevede che «ai fini dell'applicazione dei n. 1 e 2 del comma primo non si computano i voti spettanti per conto di terzi» a condizione tuttavia che, nei singoli casi concreti, il socio riesca a dimostrare, sulla base dell'insieme delle circostanze di fatto, che egli altro non fa che nominare amministratori in realtà designati dal terzo non socio (che a questo punto sarebbe tuttavia un controllante indiretto) e che di conseguenza la sua posizione giuridica è quella di una semplice persona interposta: ciò che tuttavia dipende evidentemente dallo specifico assetto degli interessi previsto dal contratto di dominio «debole» e (pur potendo ricorrere, ad esempio, nel caso previsto dall'art. 92, comma primo, lett. d) della dir. 2001/34/Ce in cui il contratto di dominio nei confronti della società sia assistito anche da un contratto con il socio di maggioranza in forza del quale vengano imputati al titolare del potere «i diritti di voto detenuti da detto socio in virtù di un accordo scritto concluso con tale persona o ente o con una delle imprese controllate da tale persona o ente e che prevede un trasferimento provvisorio e retribuito di tali diritti di voto») non può certo predicarsi in assoluto per ogni ipotesi di controllo plurimo disgiunto. Non si può infatti escludere che il controllo esterno ricorra pur senza che abbia un contestuale controllo interno per interposta persona.

La circostanza del resto che la qualificazione di controllante interno possa essere attribuita al socio pur in caso di concorrente controllo esterno di terzi non risulta necessariamente irragionevole in termini funzionali. Essa finisce «solo» con l'esprimere il principio che il legislatore ha valutato che l'esistenza di una partecipazione organica idonea ad attribuire la potenzialità astratta dell'esercizio dell'influenza dominante in assemblea ordinaria è sufficiente per ricollegare alla fattispecie le discipline che il codice detta in relazione al «controllo», essendo dunque qui sufficiente il «pericolo» dell'influenza dominante e non occorrendo —

nel caso di controllo interno e a differenza che per il controllo esterno di cui al n. 3 del medesimo art. 2359 cod. civ. — «l'evento» dell'influenza dominante effettiva. Ne consegue, per quanto interessa la nozione di «codicistica» di controllo, una valutazione di opportunità circa l'applicazione della disciplina dell'acquisto di azioni proprie tramite controllata tanto con riguardo alle azioni della «controllante» interna (che «controlla» ma in ipotesi non esercita in concreto alcuna influenza dominante, pur non agendo neppure da mero interposto del controllante esterno) quanto alle azioni della controllante esterna.

Allo stesso risultato dell'imputazione del controllo e dell'applicazione della relativa disciplina pur in assenza di un effettivo esercizio dell'influenza dominante dovrebbe probabilmente pervenirsi anche laddove il socio che detenga la maggioranza assoluta del capitale ordinario concludesse contratti parasociali per effetto dei quali esso si spogliasse del potere di influenza dominante, oltre che a favore di un terzo non socio, anche al più limitato fine di favorire la costituzione di una coalizione di maggioranza al cui interno tuttavia esso non esercitasse alcun voto determinante in considerazione proprio degli specifici impegni contrattuali di sospensione parziale del voto da esso assunti (fattispecie questa che la prassi già conosce ed è anche teoricamente approfondita nell'esperienza tedesca del c.d. *Entherrschungvertrag*). Non sembra infatti che possa darsi una lettura dell'espressione «disporre della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria», tale per cui non sarebbero «esercitabili» né si «disporrebbe» dei voti che, pur spettanti in base alla titolarità dell'azione ordinaria, sarebbero impediti nel loro esercizio (sarebbero cioè «sospesi») per effetto di convenzioni tra i soci o di convenzioni con terzi non opponibili alla società. Una simile lettura, infatti, non potrebbe fare leva sull'esenzione prevista dal comma secondo per l'esercizio dei voti «per conto terzi» giacché in questo caso ciò che ricorre non è un esercizio per conto terzi ma è un mancato esercizio dei voti. Tale lettura sembrerebbe inoltre confluire tanto con la ratio quanto con la

lettera della norma in commento. Con la ratio, in considerazione del fatto che il legislatore, come si è visto, ha qualificato il controllo interno quale *fattispecie potenziale*, sicché in tanto si potrà non applicare la disciplina in quanto si dia piena prova del fatto che la titolarità dei voti esclude anche la mera potenzialità del controllo: ciò che vincoli puramente parasociali non possono in genere assicurare. Con la lettera, in quanto i vincoli all'esercizio del voto di fonte puramente parasociale sono inopponibili alla società, sicché i diritti di voto, per quanto «sospesi» o comunque «limitati» in base alla convenzione parasociale, restano formalmente pienamente «esercitabili» nei confronti della società. Le limitazioni convenzionali sono inoltre necessariamente temporanee, per il rispetto ora dovuto al nuovo art. 2341 bis cod. civ.

A diverso risultato interpretativo sembra invece potersi pervenire (come si dirà anche *infra*) con riguardo ai limiti statutari oggi con larghezza ammessi dal nuovo art. 2351 cod. civ., di modo che, ad esempio, il socio che detenga la maggioranza assoluta del capitale ordinario in una società che adotti il voto scalare o preveda in statuto la sospensione del diritto di voto oltre una certa soglia partecipativa non appare «disporre» della maggioranza «dei voti esercitabili in assemblea ordinaria».

Fatte queste necessarie precisazioni in punto di fattispecie, può dunque concludersi, in punto di disciplina, che, dove si abbia l'effettiva ricorrenza del controllo plurimo disgiunto alla stregua di quanto fin qui indicato ad entrambi i controllanti plurimi disgiunti si applicheranno, oltre che le norme in tema di acquisto di azioni proprie, anche le disposizioni, che si riferiscono al controllo, dettate dagli artt. 2381, 2399, 2403 bis, 2424, 2424 bis n. 15 e n. 17, 2426, 2427, 2428 cod. civ. Viceversa l'obbligo di redazione del bilancio consolidato farà carico esclusivamente al controllante che effettivamente abbia esercitato nell'anno di riferimento influenza dominante, conformemente a quanto previsto dall'art. 26 del d. lg. n. 27/1991. Allo stesso modo, la presunzione di direzione relativa di direzione e coordinamento, di cui all'art. 2497 sexties cod. civ., per quanto

si applichi verosimilmente ad entrambi i controllanti plurimi disgiunti (la formula legislativa, seppur richiama dapprima le società « tenute al consolidamento » — tra le quali, come si è testé osservato, non rientra il controllante interno che non eserciti influenza dominante per effetto di un concorrente rapporto di controllo esterno con terzi — completa poi la presunzione con l'espressione « o che comunque le controllano ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. » che viceversa è idonea a ricomprendere entrambi), consente, proprio per il suo carattere relativo, al controllante interno di dare la prova del mancato esercizio di alcuna direzione e del coordinamento.

**3. (Segue): b) « controllo », « influenza dominante » e « direzione unitaria »** — Il raccordo con l'art. 2497 cod. civ. d'altra parte consente (e in qualche misura impone) di precisare il rapporto esistente tra « controllo », « influenza dominante » e « direzione e coordinamento ». Emerge infatti piuttosto nitidamente dal coordinato disposto degli artt. 2359 e 2497 *sexies* e *septies* cod. civ. che mentre l'influenza dominante di cui al n. 3 dell'art. 2359 cod. civ. (quella cioè esercitata dalla controllante esterna in base a contratti di dominio « debole » per effetto dei quali la controllata « è sotto l'influenza dominante » della prima) pare coincidere con quel potere di *effettivo* indirizzo strategico e gestionale della controllata che l'art. 2497 *septies* cod. civ. di per sé qualifica (e non semplicemente presume) come direzione e coordinamento, l'influenza dominante espressamente menzionata al n. 2, ma (per opinione pacifica) implicitamente postulata anche al n. 1 dell'art. 2359 cod. civ., ha esclusivamente riguardo al *potere in assemblea*, non invece al potere sulla società nel suo complesso e in particolare sul comportamento gestionale dei suoi amministratori (cui si riferisce l'art. 2497 *sexies* cod. civ.). È evidente che il potere in assemblea è ritenuto sintomatico di controllo (e dunque indice presuntivo di esso) in quanto consente la nomina e la revoca degli amministratori (indirettamente, tramite la nomina dei componenti

il consiglio di sorveglianza, nel caso del sistema dualistico di cui agli artt. 2409 *novies* e 2409 *duodecies* cod. civ.) e dunque, per tale via, conferisce un'indiretta influenza sull'indirizzo strategico e gestionale della controllata. Ciò era già implicito (e comunemente ritenuto) nella vigenza della vecchia disciplina ed è ora chiaramente riconosciuto dal legislatore della riforma là dove, all'art. 2497 *sexies* cod. civ. ricollega al controllo interno una presunzione di direzione e coordinamento. Ciò non di meno, poiché rimane una differenza tra, da un lato, influenza dominante *effettiva sulla società* e, dall'altro lato, influenza dominante potenziale e *effettiva in assemblea*, il legislatore correttamente ammette il controllante interno (che, come si è visto, è qualificato in base alla ricorrenza dell'influenza in assemblea) a provare — non già ai fini della disciplina dell'acquisto delle azioni proprie tramite controllata o ai fini di bilancio, bensì ai fini della responsabilità gestionale — che esso non esercita influenza dominante *effettiva* (o « direzione unitaria » o « direzione e coordinamento ») sulla società e cioè sulle scelte strategiche e gestionali inerenti all'azione complessiva della società. Prova che potrà darsi ora dimostrando che la nomina degli amministratori esaurisce l'influenza concretamente esercitata sulla società, lasciandosi da parte del socio « di controllo » piena autonomia gestionale all'organo amministrativo ora dimostrandosi che, malgrado l'entità della partecipazione detenuta, la nomina degli amministratori non dipende affatto da una scelta « libera » del solo socio di controllo ma dipende dal mutevole gioco delle alleanze tra i soci, per effetto ad esempio dei patti di sospensione del voto di cui si è accennato al paragrafo precedente.

Pare dunque esatto dire che il tratto unificante delle varie nozioni di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. consiste nel *potere di influenza dominante* sulla società controllata, purché si abbia tuttavia cura di precisare che quel potere, come risulta evidente dall'art. 2497 *sexies* cod. civ., non coincide con la « direzione unitaria » o la « direzione e coordinamento » ed è rilevante nelle ipotesi di « controllo interno » già come *semplice possibilità di*

*influire in modo determinante sulla nomina in assemblea dell'organo amministrativo* (senza che, almeno teoricamente, occorra il suo concreto manifestarsi nell'effettiva nomina di « propri » amministratori o nel condizionamento delle scelte gestionali di questi) mentre nel caso di controllo esterno esso è un *potere effettivo nei confronti della società*, che — salvo il caso in cui esso si manifesti nella particolare forma di un patto trilaterale con la società e il socio di maggioranza che attribuisca al terzo il potere di designazione degli amministratori poi nominati in assemblea dal socio (ciò che peraltro, come si è visto sopra, ricondurrebbe il controllante esterno ad un controllante interno per interposta persona) — prescinde dalle regole organizzative proprie della società e in tal modo devia dal « normale » meccanismo di trasmissione degli impulsi decisionali dal socio o dai soci che detengano la maggioranza azionaria agli amministratori che è preso in considerazione dai primi due numeri dell'art. 2359 cod. civ.

Ciò esclude, mi pare, che il « controllo » o la stessa « influenza dominante » possano dirsi dei veri e propri « concetti » — giacché ciò postulerebbe un'unitarietà di fattispecie che continua a sfuggire a mio modo di vedere alla molteplicità delle nozioni legislative, già a guardare alle sole nozioni rilevanti ai fini delle discipline codicistiche — mentre tuttora mi pare (malgrado l'unanime opinione contraria) che se ne giustifichi, *pur senza alcun attentato alla certezza del diritto* (giacché l'approccio tipologico non rinuncia affatto, mi pare, ad individuare e definire il tratto minimale unificante delle diverse nozioni), la loro configurazione teorica in termini di « tipo »: il « tipo », a differenza del « concetto » resta unitario anche laddove l'elemento aggregante delle fattispecie — e cioè il tratto minimale del potere — abbia un contenuto che si colloca, anche a seconda che ricorra o non ricorra la partecipazione al capitale, lungo una « retta continua » da un minimo consistente nel potere di influire in modo determinante sulle deliberazioni assembleari al fine della nomina e revoca degli amministratori della società ad un massimo consistente nella direzione esterna del-

l'azione imprenditoriale della società, e cioè nell'esercizio concreto di direzione e coordinamento.

**4. (Segue): c) il « controllo » congiunto** — Ciò sembrerebbe confermato dalla, ora più sicura, compatibilità con il tratto unificante minimale dell'influenza dominante così descritta anche del c.d. controllo congiunto, e cioè — per riprendere la formula descrittiva, pur non impeccabile, che ne dà ai suoi fini particolari la dir. 2001/34/Ce all'art. 92, comma primo, lett. *d*), quella situazione in cui più persone o enti « hanno concluso un accordo scritto che li obbliga ad adottare, con un esercizio concertato dei diritti di voto che detengono, una politica comune durevole nei confronti della gestione della società in questione ». Benché infatti il legislatore della riforma non abbia preso espressa posizione sul tema direttamente nell'ambito dell'art. 2359 cod. civ., non deve trascurarsi, mi pare, che il nuovo art. 2341 *bis* cod. civ., codificando un principio già in precedenza introdotto nella disciplina speciale dall'art. 122 t.u. f., ha espressamente precisato che possono esservi patti parasociali che, al fine di stabilizzare il governo della società, hanno per oggetto o per effetto *l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante* su tali società.

Risulta così definitivamente superato l'argomento letterale in passato con più veemenza opposto alla proposta interpretativa diretta a ricondurre anche il controllo congiunto entro la nozione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ., l'argomento cioè in forza del quale *l'influenza determinante* (che è la nozione utilizzata dall'art. 7 della legge *antitrust* ai fini della definizione di controllo, la quale ricomprende espressamente anche il controllo congiunto) e *l'influenza dominante* (di cui all'art. 2359 cod. civ.) sarebbero fattispecie tra loro diverse proprio in quanto solo la prima e non la seconda si presterebbe ad « accogliere » anche il controllo congiunto. L'art. 2341 *bis* cod. civ. dimostra proprio il contrario e cioè che, in ipotesi di controllo congiunto, si è — ai fini codicistici — sempre dinanzi ad una fattispecie di influenza dominante.

Ciò naturalmente non significa, di per sé, che si debba leggere l'art. 2359 cod. civ. nel senso che, ove esso menziona l'influenza dominante, necessariamente intenda anche l'influenza dominante congiunta. Significa tuttavia che, se è pur vero che la riconduzione del controllo congiunto alla nozione dell'art. 2359 cod. civ. non può predicarsi *sic et simpliciter* in base al solo argomento letterale, non è tuttavia neppure possibile predicare il contrario, come viceversa la dottrina forse maggioritaria ha finora fatto enfatizzando proprio l'argomento letterale di cui si è detto. La riconduzione o meno del controllo congiunto entro la fattispecie dell'art. 2359 n. 2 cod. civ. (giacché normalmente trattasi di controllo congiunto da patti parasociali, e dunque di una fattispecie che si innesta sulla partecipazione organica) può dunque essere effettuata solo in base a valutazioni di tipo sistematico e funzionale.

Anche nel quadro del nuovo diritto, una prima posizione interpretativa potrebbe dunque essere quella di ritenere che, poiché in taluni casi la legislazione « speciale » ha specificato come l'ipotesi del controllo congiunto rientri nell'ambito di applicazione della relativa disciplina, qui la sua mancata espressa previsione nel novero delle ipotesi di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. stia a significare, da un punto di vista sistematico, che il legislatore ha preferito rendere inapplicabile alla società che è soggetta ad influenza dominante congiunta (normalmente in base ad un patto di sindacato) sia le disposizioni in materia di acquisto di azioni della controllante sia le ulteriori disposizioni del codice che si riferiscano alle società controllate. Ciò significherebbe ulteriormente che, in ipotesi di controllo congiunto, non opererebbe alcuna presunzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 *sexies* cod. civ. Il che peraltro non significherebbe affatto — come già si è chiarito nell'esperienza tedesca e dalla nostra più moderna dottrina — che non possa affermarsi la responsabilità da direzione e coordinamento nei confronti di una pluralità di società o enti che risultino controllanti congiunti ma significa che chi agisse per far accertare la responsabilità non potrebbe giovare della

presunzione di direzione unitaria nei confronti dei controllanti congiuntamente, e dovrebbe dunque dimostrare che costoro, oltre ad esercitare l'influenza dominante in assemblea, hanno in concreto esercitato influenza dominante sulla società (e cioè direzione unitaria), dando direttive gestionali e strategiche al *management*.

Continuo a ritenere che questa interpretazione, pur assai autorevolmente sostenuta nel vigore della precedente disciplina (in giurisprudenza v. Trib. Milano, 6 novembre 1986, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 482), non sia da condividere e che si lasci invece preferire una seconda opzione interpretativa maggiormente « orientata alle conseguenze » e fondata su argomenti di tipo funzionale.

Deve anzitutto precisarsi che, benché la norma dell'art. 2359 cod. civ. sia dettata prioritariamente ai fini della disciplina dell'acquisto indiretto di azioni proprie e la dir. 92/101/Cee, da cui quella disciplina si origina (e rispetto alla quale essa va interpretata), sia del tutto esplicita nel collegare le norme « sostanziali » da essa previste al controllo « solitario », ciò non esclude affatto che la disciplina nazionale possa avere un ambito di applicazione più ampio. Da un lato, infatti, la dir. 92/101/Cee è espressione di armonizzazione minima, quantomeno con riferimento alla definizione del perimetro applicativo della nuova disciplina, come risulta chiaramente dall'art. 1, comma terzo, che definisce la fattispecie del controllo « interno » di diritto e di fatto *consentendo* agli Stati membri di limitare a ciò la nozione di controllo da essi adottata ai fini della disciplina in esame ma, con ciò stesso, lasciando liberi gli stessi Stati di integrare la stessa nozione, beninteso purché al fine di rendere più stringente la disciplina.

Dall'altro lato, il legislatore nazionale sembra in effetti aver voluto dare applicazione più rigorosa alla disciplina armonizzata rispetto al regime minimale posto dalla direttiva, vuoi confermando la rilevanza, ai fini della determinazione del perimetro applicativo, del controllo esterno (pur non previsto dall'art. 1, comma terzo della direttiva), vuoi estendendo al controllo indiretto il medesimo regime previsto per il controllo diretto,

quando la direttiva consentiva invece di predisporre per questa fattispecie un regime meno stringente (consistente nella sola previsione della sospensione del voto). In questo quadro può non apparire casuale (anche se di per sé l'argomento letterale non è decisivo) che il legislatore, forse proprio per non limitare l'ambito di applicazione della disciplina nazionale in tema di azioni proprie alle sole fattispecie di controllo « solitario », non abbia ritenuto di modificare — come ha invece fatto il legislatore speciale e come aveva fatto, con riferimento proprio alla nozione generale, ad esempio il legislatore britannico con la *sec. 736 (2)* e la *sec. 736A (3) (b)* del *Company Act* — la dizione dell'art. 2359 cod. civ., in specie n. 2 inserendo quanto previsto dall'art. 1, comma terzo, lett. a), secondo trattino della direttiva e cioè che la società (controllante) deve « dispo[re] da sola di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria ». Anche a prescindere da questo argomento letterale, poi, ciò che appare significativo, in termini funzionali, è l'allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina nazionale a ricomprendere ulteriori fattispecie che, pur non previste dalla disciplina armonizzata, mettono comunque a rischio gli interessi protetti da quella disciplina e cioè la *tutela del capitale sociale* rispetto a pratiche di « annacquamento » (che, non a torto, il legislatore nazionale ritiene ugualmente insidiose sia che siano compiute dalla controllata diretta sia che siano compiute dalla controllata indiretta, beninteso purché la relazione indiretta sia per via di controllo interno: art. 2359, comma secondo, cod. civ.) e la *tutela della sincerità del voto* (che, non a torto, il legislatore nazionale ritiene in pericolo anche laddove il voto nella controllante fosse espresso dagli amministratori della controllata esterna, giacché gli amministratori della controllante potrebbero avvalersi del potere di influenza dominante contrattualmente previsto per condizionare il voto della controllata esattamente negli stessi termini sostanziali in cui ciò avviene nel caso di controllo interno). E a me pare — in accordo con i migliori indirizzi interpretativi maturati nell'esperienza applicativa tedesca e con parte della più

moderna dottrina italiana — che questi stessi interessi siano ugualmente messi in discussione nelle ipotesi di controllo congiunto: ipotesi che anzi, a differenza del controllo esterno (che è neutro rispetto alla tutela del capitale), chiamano in gioco non uno solo, ma entrambi gli obiettivi di *policy* sottesi dalla disciplina in esame.

Essendovi « influenza dominante », seppur congiunta, la circostanza che la società controllata voti nell'assemblea della controllante congiunta mette infatti a rischio la sincerità del voto, giacché l'influenza che la controllante congiunta può avere sugli amministratori della controllata — se è in parte mitigata dalla presenza di altri co-controllanti — non è affatto esclusa. Da un lato infatti la controllante congiunta è tale in quanto pur non avendo da sola il potere di decidere ha un *concorso volitivo necessario* alla formazione della volontà del gruppo di comando, di modo che ai suoi amministratori spetta nei confronti degli altri componenti del gruppo di comando un notevole potere di « persuasione » circa l'utilizzo della controllata congiunta anche a fini di perpetuazione del loro potere nella controllante. Dall'altro lato, come illustra assai bene la storia, non solo italiana, degli incroci azionari, il meccanismo « oligarchico » di controllo — come contrapposto a quello « dittatoriale » del controllante solitario (l'espressione era consueta nel dibattito che aveva preceduto il codice di commercio del 1882: v. in particolare le parole pronunciate dal senatore Pescatore al Senato nel 1875) — incentiva equilibri collusivi che, sotto il profilo in esame, facilmente prendono la forma dell'utilizzo della controllata, da parte di ognuno dei co-controllanti, in misura variabile in funzione del potere contrattuale di ciascuno, al fine di realizzare l'obiettivo, vietato dalla disciplina dell'acquisto delle azioni proprie, dell'auto sostenimento dei gruppi dirigenti esistenti, con isolamento della compagine sociale dal mercato del controllo societario. Quanto poi all'annacquamento del capitale sociale, in verità l'effetto (vietato) dell'acquisto indiretto delle azioni proprie si realizza anche in ipotesi di controllo congiunto giacché qui, come nell'ipotesi del controllo solitario, la

società controllata, proprio perché soggetta all'influenza dominante (seppur congiunta) altrui non è in grado di valutare autonomamente la convenienza o meno dell'acquisto delle azioni della controllante e costituisce inoltre, facilmente, strumento sufficientemente « docile » — proprio per gli equilibri collusivi che si creano tra i co-controllanti — per l'elusione del divieto dell'acquisto di azioni proprie.

Se questa conclusione è corretta — e se dunque è da ritenersi che la fattispecie dell'art. 2359 cod. civ. sia suscettibile di comprendere anche più società che controllano congiuntamente un'altra società — ne consegue che a tali società si applicano, oltre alle disposizioni in materia di acquisto di azioni proprie (per le quali di conseguenza il limite del dieci per cento dovrà valutarsi considerando cumulativamente le azioni detenute dalla controllante e da ciascuna co-controllante), anche tutte le ulteriori disposizioni del codice che si riferiscano alle società controllate, ivi compresa la presunzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 *sexies* cod. civ. Giova tuttavia conclusivamente ribadire, onde scongiurare arbitrarie estensioni della fattispecie (in cui in passato era incorso lo stesso legislatore speciale), che la nozione di controllo congiunto postula per la sua ricorrenza che *ciascun co-controllante abbia un concorso volitivo necessario nella formazione della volontà unitaria del gruppo*, nel senso cioè che non è sufficiente per il riconoscimento in capo a ciascun aderente ad un patto di sindacato della qualifica di co-controllante il semplice fatto dell'adesione al patto e che il patto riunisca la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria: occorre infatti, a questo fine, un *quid pluris*, e cioè che o le regole organizzative del patto impongano l'agire all'unanimità ovvero fissino maggioranze che rendono necessario, se non su tutte almeno sulla gran parte delle più significative materie (come, con mano felice, seppur ad altri fini prevede ad esempio il legislatore inglese alla *sec. 736A (3)* con l'espressione « on all, or substantially all, matters »), il voto favorevole del socio che si pretende co-controllante o che si compia, se la disciplina è di applicazione

postuma (come ad esempio quella in tema di bilancio o di direzione e coordinamento), un'accurata indagine di fatto per verificare se in concreto il socio aderente al patto abbia effettivamente concorso alla formazione della volontà unitaria manifestata dal patto nel periodo cui si ha riguardo per l'applicazione della disciplina cui la nozione di controllo è relazionale.

#### 5. (Segue): d) « controllo » e regolamentazioni statutarie o convenzionali del voto

Già si è accennato, quanto al controllo interno, che il riferirsi delle nozioni di cui ai n. 1 e 2 rispettivamente alla « maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria » e « ai voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria » risulta particolarmente pertinente — piuttosto che non il riferirsi *tout court* alla titolarità dell'azione ordinaria — in relazione ai più ampi poteri di « modulazione » del voto spettante all'azione ora previsti dall'art. 2351 cod. civ. Deve qui peraltro precisarsi che i « diritti di voto limitati a particolari argomenti » — consentiti dall'art. 2351 cod. civ. — saranno da computare solo nella misura in cui il voto sia esercitabile ai fini della nomina e della revoca degli amministratori e che i diritti di voto « subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative », conformemente a quanto prevede espressamente ad esempio il legislatore britannico alla già citata *sec. 736A (4) (a)* — saranno da considerare « when the circumstances have arisen and for so long as they continue to obtain ». Nel caso invece in cui la società abbia adottato tetti azionari o meccanismi di voto scalare (abbia cioè, così si esprime l'art. 2351, comma secondo, cod. civ. « disposto scaglionamenti », beninteso fuori del caso delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, alle quali questa possibilità è preclusa), come già si è detto, i voti da considerare ai fini dell'art. 2359 cod. civ. sono quelli che risultano per effetto dell'applicazione alla partecipazione del fattore regressivo previsto in statuto.

Nel caso di pegno, usufrutto o sequestro di azioni recanti la maggioranza asso-

luta o relativa dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, il controllo potrà ritenersi « trasferito » all'usufruttuario, creditore pignoratizio e custode giudiziario nella misura in cui, nelle singole circostanze e in base agli eventuali accordi intervenuti con l'usufruttuario o il creditore, possa fondatamente escludersi che il voto viene esercitato « per conto del socio » (in assenza cioè di istruzioni specifiche dei soci, come richiede, seppur ad altri fini, l'art. 92, comma primo, lett. h) della dir. 2001/34/Ce). Il legislatore nazionale — a differenza di altri — ha ritenuto non necessario meglio specificare la fattispecie; tuttavia, interpretativamente e tenuto conto del requisito di stabilità (sia pure « relativa ») che caratterizza pur sempre, anche nella sua proiezione prognostica (quella dell'influenza potenziale), la nozione di controllo, sembra possibile ulteriormente precisare, con riguardo al creditore pignoratizio, che, in linea con quanto espressamente previsto per esempio sempre e dal legislatore britannico nella *sec. 736A (7)*, seppur con formula non scevra da ambiguità, i voti continuano a doversi imputare al socio anche quando il creditore pignoratizio, pur assumendo l'impegno di votare nella normalità dei casi in base alle istruzioni ricevute dal socio, si riserva il diritto di votare nelle assemblee convocate per la adozione di delibere strettamente necessarie « for the purpose of preserving the value of the security or of realising it », e sempre che, beninteso, nel novero di esse non si pretenda di fare rientrare anche il più generale potere di nominare gli amministratori della società.

La capacità rappresentativa della definizione di controllo interno di cui all'art. 2359 cod. civ. non viene infine messa in discussione neppure dalle previsioni in materia di diritti « amministrativi » (e in specie di speciali diritti di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza: art. 2351, ult. comma, cod. civ.) spettanti a talune categorie di strumenti finanziari partecipativi ai sensi dell'art. 2346, ult. comma, cod. civ., giacché per vincolo, seppur inespresso, di sistema — di cui è comunque traccia, in qualche misura, nella precisazione che si legge al-

l'art. 2351, ult. comma, cod. civ. secondo cui l'amministratore deve essere « indipendente » — il potere di nomina e revoca della maggioranza degli amministratori sembra doversi ritenere ancora riservato agli azionisti ordinari sicché sembra da escludere che, attraverso la emissione di una pluralità di categorie di strumenti finanziari partecipativi dotati ciascuno del diritto di nomina di un amministratore si possa pervenire al risultato di attribuire il potere di nominare la maggioranza degli amministratori a soggetti diversi dai soci. Ciò che non esclude affatto che il ricorso a siffatti strumenti possa talora facilitare il consolidamento del controllo, ove gli stessi soci di controllo siano titolari degli strumenti finanziari partecipativi dotati di diritti amministrativi ora viceversa depotenziare il controllo specie laddove si sia in presenza di una pluralità di amministratori indipendenti nominati da possessori di strumenti finanziari diversi dal socio o dai soci di controllo e costoro siano titolari della maggioranza solo relativa del capitale ordinario.

#### 6. (Segue): e) il « controllo » contrattuale

— Quanto infine al controllo esterno, il coordinato disposto dell'art. 2359, comma primo, n. 3, cod. civ. e dell'art. 2497 *septies* cod. civ. sembra definitivamente chiarire che l'influenza dominante evocata dal n. 3 della norma in commento non fa riferimento, contrariamente a quanto si è lungo ritenuto e spesso viene ancora tralaticciamente ripetuto (senza considerarne anche le implicazioni di tipo *antitrust*), a situazioni in cui una società è *economicamente dipendente* da un'altra per esempio in virtù di rapporti di somministrazione, licenza, agenzia o simili in esclusiva ovvero a situazioni (spesso riscontrabili in presenza dei medesimi rapporti contrattuali ora ricordati) in cui taluni specifici comportamenti (a rilevanza in genere concorrenziale) sono condizionati dal contraente « forte », bensì a ben più circoscritte — ma non meno rilevanti — situazioni in cui si riscontri un'influenza dominante *giuridicamente rilevante*, la quale cioè si traduca in influenza gestionale e strategica (non già su ogni aspetto, ma necessariamente)

sulla complessiva attività d'impresa della società dominata. Un potere di direzione che può essere — e normalmente è — l'oggetto del contratto (un oggetto lecito, se le direttive realizzano un'attività di direzione e coordinamento che, complessivamente considerata, non è pregiudizievole dell'interesse della controllata esterna, come si può ora argomentare dagli artt. 2497 *septies* cod. civ. e dall'art. 2545 *septies* cod. civ.) ma che talora può anche essere l'effetto di un contratto di altra natura, purché tuttavia la dipendenza economica che in esso ha fonte (e che di per sé non è sufficiente a dare luogo ad una relazione di « controllo » in senso giuridico) in concreto determini la traslazione all'esterno della società del potere di direzione dell'attività sociale.

MARCO LAMANDINI

#### Bibliografia essenziale.

AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del Congresso internazionale di Venezia 16-17-18 novembre 1995, a cura di BALZARINI, CARCANO e MUCCIARELLI, Milano, 1996; ASSOCIAZIONE DISSIANO PREFE, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2006; BIN, *Il gruppo SIM e la nozione di controllo*, in *Contr. impr.*, 1994, 521; CARIELLO, « *Controllo congiunto* » e accordi parasociali, Milano, 1997; COSTI, *Parere*, in *Due pareri su come vada inteso il « rapporto di controllo » in*

*presenza di sindacati di voto* (art. 4, comma 3, L. n. 17/1991), in *Contr. impr.*, 1991, 1020; COSTI, *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, 1, 472; DAVIES, *Introduction to Company Law*, Oxford, 2002; DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996; FIGÀ TALAMANCA, *Direzione e « proprietà transitiva » del controllo di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 333; LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 218; LAMANDINI, *Il « controllo », Nozioni e « tipo » nella legislazione economica*, Milano, 1994; LAMANDINI, *Note minime sul patto di sindacato Mediobanca*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 1081; LAMANDINI, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001; LEMME, *Il governo del gruppo*, Padova, 1997; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, I, 14; NOTARI, *La nozione di « controllo » nella disciplina antitrust*, Milano, 1996; POLI, *Il pegno di azioni*, Milano, 2000; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002; RONDINONE, *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001; SBISÀ, *Il gruppo SIM-Parere*, in *Contr. impr.*, 1992, 34; SCHIUMA, *Controllo, governo, partecipazione*, Padova, 1997; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457; STELLA RICHTER, « *Trasferimento del controllo* » e rapporti tra i soci, Milano, 1996; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1980; TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997.