

MARCO LAMANDINI

COMMENTO ALL'ART. 2359



giuffrè editore - 2016

Estratto dal volume:

LE SOCIETÀ PER AZIONI

Codice civile e norme complementari

Diretto da

Pietro Abbadessa - Giuseppe B. Portale

a cura di

Mario Campobasso - Vincenzo Cariello - Umberto Tombari

Tomo I

Parte introduttiva

Codice civile (artt. 2325-2435 *ter*)

D.lg. 17 gennaio 2010, n. 39 (artt. 1-20)

2359 ⁽¹⁾ **Società controllate e società collegate.** — *Sono considerate società controllate:*

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

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa ⁽²⁾.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi ⁽²⁾.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati ⁽³⁾.

⁽¹⁾ V. nota al Capo V.

⁽²⁾ V. d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251.

⁽³⁾ Comma così modificato dall'art. 8 d.lg. 28 dicembre 2004, n. 310.

di **MARCO LAMANDINI**

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del Convegno internazionale di Venezia 16-17-18 novembre 1995, a cura di Balzarini, Carcano e Mucciarelli, Giuffrè, 1996; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, Il Mulino, 2006; L.A. BIANCHI, *Note sulla nozione di "controllo" nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. soc.*, 2011, 253; BINI, *Il gruppo SIM e la nozione di controllo*, in *Contr. impr.*, 1994, 521; BINI, *La nuova disciplina del controllo nei principi contabili internazionali*, in *Soc.*, 2011, 1067; CARIELLO [1], « *Controllo congiunto e accordi parasociali* », Giuffrè, 1997; CARIELLO [2], *Azioni a voto potenziato, « voti plurimi senza azioni » e tutela dei soci estranei al controllo*, in *Riv. soc.*, 2015, 164; COSTI [1], *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 472; COSTI [2], *Parere, in Due pareri su come vada inteso il « rapporto di controllo » in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991)*, in *Contr. impr.*, 1991, 1020; DAVIES, *Introduction to Company Law*, OUP, 2002; DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Giuffrè, 1996; FIGÀ TALAMANCA, *Direzione e « proprietà transitiva » del controllo di società*, in *Riv. d. civ.*, 1993, II, 333; LAMANDINI [1], *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *G. comm.*, 1993, I, 218; LAMANDINI [2], *Il « controllo », Nozioni e « tipo » nella legislazione economica*, Giuffrè, 1994; LAMANDINI [3], *Note minime sul patto di sindacato Mediobanca*, in *G. comm.*, 1995, I, 1081; LAMANDINI [4], *Qualche spunto esegetico sulla nozione di "controllo" ai fini del consolidamento integrale*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 16-17-18 novembre 1995*, Giuffrè, 1996, 1454; LAMANDINI [5], *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Il Mulino, 2001; LAMANDINI [6], *Art. 2359, in Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Jovene, 2005; LAMANDINI [7], *Voto plurimo, tutela delle minoranze e offerte pubbliche di acquisto*, in *G. comm.*, 2015, I, 491; LEMME, *Il governo del gruppo*, Cedam, 1997; MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, I, 14; MOLLO-MONTESANO, *Il controllo societario nella disciplina sull'intermediazione finanziaria: problemi e prospettive di riforma*, Quaderni giuridici Consob, 8/2015; NOTARI [1], *La nozione di « controllo » nella disciplina antitrust*, Giuffrè, 1996; NOTARI [2], *Il gruppo « contrattuale » nella disciplina antitrust*, in AA.VV., *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, Giuffrè, 1996, 1697; NOTARI-BERTONE, *Art. 2359*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Egea Giuffrè, 2008; POLI, *Il pegno di azioni*, Giuffrè, 2000; RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Giuffrè, 2002; RONDINONE, *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè, 1999; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Giappichelli, 2001; SANTOSUOSSO, *Sul collegamento societario nell'ambito dei poteri di fatto di società su società*, in *G. comm.*, 2002, 715; SBISÀ [1], *Il gruppo SIM-Parere*, in *Contr. impr.*, 1992, 34; SBISÀ [2], *Società controllate e società collegate*, in *Contr. impr.*, 1997, 501; SCHIUMA,

Controllo, governo, partecipazione, Cedam, 1997; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Giappichelli, 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, Giuffrè, 1996; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Giuffrè, 1980; TOMBARI, *Il gruppo di società*, Giappichelli, 1997; WEIGMANN, *Verso una definizione di S.r.l. controllata*, in *RDS*, 2014, 30.

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. — 7. Il « collegamento ».

1. Premessa. Malgrado la 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, lo « statuto » della direzione e coordinamento di società 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 c.c. (v. art. 2497 *sexies* c.c.) — 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 c.c.

Peraltro, come è stato anche di recente segnalato, la definizione di controllo continua ad essere dettata espressamente con riguardo alla s.p.a. mentre per la sua oggettiva valenza generale meglio sarebbe se fosse (stata) « trasferita » nel capo IX e si deve usare cautela nell'applicazione analogica delle definizioni di controllo dettate per la s.p.a. alla s.r.l. (WEIGMANN, 35), atteso che il regime legale della s.r.l. previsto dalla riforma del diritto societario consente opzioni statutarie (ad esempio in tema di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva ai sensi dell'art. 2475 co. 3 c.c., di riserva a singoli soci dell'incarico di amministrazione ai sensi dell'art. 2468 co. 3 e 4 c.c.) che potrebbero in talune situazioni rendere insufficiente, ai fini della ricorrenza dell'influenza dominante, la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea (salvo considerare inderogabile, come suggerisce sempre WEIGMANN, 34, il diritto di deferimento all'assemblea delle decisioni sugli atti di gestione ai sensi dell'art. 2479 co. 1 e 4 c.c.).

La legislazione speciale, dal canto suo, continua a fare ampio uso della nozione di « controllo », rinviando in genere a quella dettata dall'art. 2359 c.c., 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 — continua dunque a porre una serie di rilevanti questioni interpretative.

Il legislatore della riforma non ha innanzitutto ritenuto necessario precisare se la definizione prevista ai nn. 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 co. 1 n. 1) ovvero che sia astrattamente « sufficiente per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria » (art. 2359 co. 1 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 » risulta progressivamente favorita, secondo quanto risulta dall'esperienza empirica, da quanto prevede ora l'art. 2497 *septies* c.c. — in cui la detenzione della partecipazione azionaria di maggioranza assoluta o relativa (pur in una situazione di azionariato diffuso) non si accompagna 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* c.c.), 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 dal tenore letterale dell'art. 2359 c.c., 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 (TARELLO, in specie 190, 237 ss., pur riconoscendosi che « nel settore circoscritto, e sempre più assediato dalla legislazione speciale, della interpretazione del codice civile la cultura dominante e la prassi degli operatori dell'applicazione tende a considerare più deboli le norme ricavate dagli enunciati definitivi ») e, come potrebbe portare a ritenere altresì il fatto che l'ultimo comma dell'art. 2359 c.c., 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 primo comma dell'art. 2359 c.c.: a)* il socio titolare della maggioranza solo relativa del capitale ordinario potrebbe negare utilmente la propria qualità di società controllante, laddove ricorresse il controllo esterno di altri, contestando che quella partecipazione, nello specifico caso, effettivamente attribuisca « voti *sufficienti* per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria »: ciò tuttavia postula una qualche forzatura interpretativa dell'art. 2359 co. 1 n. 2 della disposizione in esame, giacché la norma

sembra aver riguardo, ai fini della qualificazione del controllo, 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 pare attribuire in sé alcun rilievo all'eventuale interferenza tra controllo interno ed esterno; *b*) la lettera del n. 1 dell'art. 2359 c.c. parimenti non sembra consentire 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 secondo comma della norma in esame*, là dove essa prevede che « ai fini dell'applicazione dei numeri 1 e 2 del primo comma 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 posizione giuridica del titolare formale della partecipazione che la norma considera di controllo è quella di una semplice persona interposta. Sembra che possano leggersi in tal senso alcune recenti **tendenze volte a “depotenziare” in taluni casi concreti la presunzione assoluta di controllo in capo al titolare della partecipazione di maggioranza assoluta**, quali quelle formatasi nel contesto applicativo dei nuovi IAS 27 e 31 (v. L.A. BIANCHI, 253; BINI, 1067) o in relazione alla nozione di controllo in ambito bancario (ove il Consiglio di Stato, con sentenza della sezione VI, 2 settembre 2011, ha ritenuto di poter ricondurre al socio formalmente di minoranza la titolarità effettiva dell'influenza dominante su di una società considerata strumento di controllo indiretto sulla capogruppo bancaria benché altro socio esercitasse su di essa il controllo interno di diritto). Ciò, tuttavia, dipende evidentemente dalle specificità dei singoli casi concreti; così, ad esempio, a fronte di un contratto di dominio « debole », potrà aversi nel caso previsto dall'art. 92 co. 1 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 » mentre non potrà certo predicarsi in assoluto per ogni ipotesi di controllo plurimo disgiunto. Non si può infatti escludere che il controllo esterno ricorra pur senza che si 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 piuttosto 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 c.c. — « l'evento » dell'influenza dominante effettiva. Ne consegue, per quanto interessa la nozione « 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*) (v. LAMANDINI, [2], 79; LAMANDINI [4], 1459). 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 co. 2 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 confliggere 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, almeno formalmente, pienamente « esercitabili » nei confronti della società. Le limitazioni convenzionali sono inoltre necessariamente temporanee, per il rispetto ora dovuto al nuovo art. 2341 *bis* c.c.

A diverso risultato interpretativo sembra invece doversi pervenire (come si dirà anche *infra*) con riguardo ai limiti statutari oggi con larghezza ammessi dal nuovo art. 2351 c.c., 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 ». Parallelamente, proprio l'opportuno riferimento che l'art. 2359 c.c. fa ai « voti esercitabili » e non all'entità del capitale detenuto consente di avere riguardo, ai fini della valutazione circa la ricorrenza del controllo, ai primi e non alla seconda, nelle ipotesi — ora consentite dalle modifiche introdotte dalla l. 11 agosto 2014, n. 116 — di **voto plurimo e voto maggiorato** (sulle quali v. almeno LAMANDINI [7], *passim*; CARIELLO [2], *passim*).

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 c.c. 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 del 1991 (e ora dai principi contabili internazionali IAS/IFRS). Allo stesso modo, la presunzione relativa di direzione e coordinamento, di cui all'art. 2497 *sexies* c.c., 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 c.c. » 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 *effettiva* direzione e del coordinamento.

3. (Segue) b) « controllo », « influenza dominante » e « direzione unitaria ». Il raccordo dell'art. 2359 c.c. con l'art. 2497 c.c., 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, 2497 *sexies* e 2497 *septies* c.c. che mentre l'influenza dominante di cui al n. 3 dell'art. 2359 c.c. (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) coincide con quel potere di *effettivo* indirizzo strategico e gestionale della controllata che l'art. 2497 *septies* c.c. 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 c.c., 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. 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* c.c.) 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* c.c. si ricollega al controllo interno una precisa 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 non indirizza le scelte strategiche e gestionali inerenti all'azione complessiva della società. Prova che potrà darsi ora dimostrando (se del caso anche mediante la formalizzazione di adeguati protocolli di autonomia) 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 c.c. 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* c.c., non coincide con la « direzione unitaria » o la « direzione e coordinamento » (per una conferma giurisprudenziale recente della distinzione tra “controllo” e “direzione e coordinamento” v. Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Riv. d. priv.*, 2009, II, 115; Trib. Palermo, 15 giugno 2010, in *F. it.*, 2011, 3184) 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 c.c.

Ciò esclude 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 alla molteplicità delle nozioni legislative, già a limitare l'esame 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 (in tema v. LAMANDINI [2], 51 ss.; per una serrata critica di questa impostazione, v. almeno SPOLIDORO, in specie 462; NOTARI [1], 207 e — in modo più sfumato — CARIELLO [1], 30, nota 45): 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 dell'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 co. 1 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 neppure il legislatore della riforma abbia preso una chiara posizione sul tema direttamente nell'ambito dell'art. 2359 c.c., non deve trascurarsi, che il nuovo art. 2341 *bis* c.c., 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 espressamente superato l'argomento letterale in passato opposto (v. in specie da NOTARI [1], 247 ss. e 266 ss. e SPOLIDORO, 470) alla proposta interpretativa diretta a ricondurre anche il controllo congiunto entro la nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c., 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 c.c.) 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* c.c. sembra dimostrare 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 c.c. 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 c.c. 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 c.c. (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 (per un'analitica dimostrazione, v. CARIELLO [1], in specie 85 ss. e 124 ss.).

In tema di "controllo congiunto" si possono dunque prospettare due opzioni interpretative: una prima, più tradizionale, è 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 c.c. 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* c.c. Il che peraltro non significherebbe affatto — come già si è chiarito nell'esperienza tedesca e dalla nostra più moderna dottrina (v. CARIELLO [1], 59 e nota 99) — 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 *G. comm.*, 1986, II, 482; più di recente, svolgendo anche interessanti argomenti volti a contrastare la tesi esposta nel testo, NOTARI, BERTONE, 729), 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 (si v. per questo indirizzo, tra gli altri e oltre a LAMANDINI [1], 243 e LAMANDINI [2], 241, BIN, 529; con ampio e assai motivato percorso argomentativo CARIELLO [1], *passim*). Deve anzitutto precisarsi che, benché la norma dell'art. 2359 c.c. sia dettata prioritariamente ai fini della disciplina dell'ac-

quisto indiretto di azioni proprie e la dir. 92/101/CEE, da cui quella disciplina si origina (ora sostituita dalla dir. 2012/30/UE del 25 ottobre 2012), sia del tutto esplicita nel ricollegare le norme « sostanziali » da essa previste al controllo « solitario » (v. da ultimo art. 28 della dir. 2012/30, che peraltro riconosce la perdurante autonomia degli Stati nel definire la nozione di controllo purché sia rispettato il contenuto minimo della fattispecie descritto all'art. 28, co. 2), ciò non esclude affatto che la disciplina nazionale possa avere un ambito di applicazione più ampio. Da un lato, infatti, la dir. 2012/30 è espressione di armonizzazione minima, quantomeno con riferimento alla definizione della 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 (identica precisazione vale per la parallela definizione di impresa controllata di cui all'art. 87 della direttiva 2001/34/CEE che non contempla il controllo congiunto — che viene tuttavia « recuperato » dall'art. 92 co. 1 lett. c come fattispecie autonoma ai fini dell'imputazione delle partecipazioni per il calcolo delle soglie oltre le quali scattano gli obblighi di informazione — ma che ciò non di meno fissa solo una regola armonizzata minima cui gli Stati membri possono derogare ai sensi dell'art. 88, assoggettando le persone fisiche o giuridiche, gli enti e le società di cui all'art. 85 ad obblighi più rigorosi »).

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 (già nella sua versione precedente all'ultima di cui alla dir. 2012/30), vuoi confermando la rilevanza, ai fini della determinazione del perimetro applicativo, del controllo esterno (pur non previsto dalla 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 c.c., in specie n. 2 inserendo quanto previsto dall'art. 1 co. 3 lett. a, secondo trattino della direttiva e cioè che la società (controllante) deve « dispo[rr]e 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 co. 2 c.c.) 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). In accordo con i migliori indirizzi interpretativi maturati nell'esperienza applicativa tedesca e con parte della più moderna dottrina italiana (v. CARIELLO [1], in specie 144 ss.), questi stessi interessi sono 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** (sul tema, per i necessari approfondimenti, v. almeno LAMANDINI, *Note minime*, 1081 e CARIELLO [1], in specie 43 ss.; MOSCO, 1651 ss.), 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 » (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, in *Riv. soc.*, 1961, 316) del controllante solitario — 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 c.c. sia suscettibile di ricomprendere 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 10% dovrà valutarsi considerando cumulativamente le azioni detenute dalla controllante e da ciascuna co-controllante) (v. CARIELLO [1], 150, nota 134), 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* c.c.

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 nn. 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 c.c. Deve qui peraltro precisarsi che i « diritti di voto limitati a particolari argomenti » — consentiti dall'art. 2351 c.c. — 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 voti

maggiorati, voti plurimi, tetti azionari o meccanismi di voto scalare (abbia cioè, così si esprime l'art. 2351 co. 2 c.c. « 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 c.c. sono quelli che risultano per effetto dell'applicazione alla partecipazione del fattore moltiplicativo o regressivo, a seconda del caso, previsto in statuto.**

Nel caso di pegno, usufrutto o sequestro di azioni recanti la maggioranza assoluta 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 co. 1 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 (su cui v. POLI, 255 ss.), 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 c.c. 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. co. c.c.) spettanti a talune categorie di strumenti finanziari partecipativi ai sensi dell'art. 2346 ult. co. c.c., giacché per vincolo, seppur inespresso, di sistema — di cui è comunque traccia, in qualche misura, nella precisazione che si legge all'art. 2351 ult. co. c.c. 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 (sulla regola che attribuisce ai soci, in quanto *residual claimants*, il potere di governo nella società v. diffusamente, anche per le sue eccezioni e i suoi limiti regolatori, LAMANDINI [5], 153 ss. e DAVIES, in specie 255 ss.). 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 al controllo esterno, il coordinato disposto dell'art. 2359 co. 1 n. 3 c.c. e dell'art. 2497 *octies* c.c. 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*) — v. ad esempio, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, 80, che pur riconosce che la riforma ha ora ammesso anche i contratti di dominio debole; v. anche i non infrequenti casi in cui la giurisprudenza recente ha valutato la ricorrenza o meno del controllo da contratto commerciale, seppur per escluderlo nel caso concreto: v. Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *G. it.*, 2012, 2585; Trib. Palermo, 3 giugno 2010, in *F. it.*, 2011, c. 931 —, 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* c.c. e 2545 *octies* c.c.) 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 (in argomento, v. LAMANDINI [2], in specie 180 ss.; MARCHETTI, 1556; NOTARI [2], 1697; RIMINI, *passim*; SANTAGATA, *passim*).

7. Il « collegamento ». L'art. 2359 co. 3 c.c. prevede infine il « collegamento » tra società, che si considera esistente rispetto alle società « sulle quali un'altra *esercita* influenza notevole ». È cioè necessario che ricorra **l'esercizio in concreto di un potere di influenza** (NOTARI-BERTONE, 694), **seppur meno intenso di quello richiesto per il controllo**, il quale tuttavia può essere presunto — ma con presunzione relativa che ammette la prova contraria (e che ammette altresì la prova della ricorrenza, invece che del collegamento, di una situazione di vero e

proprio controllo, ad esempio allorché la partecipazione risulti sufficiente per l'esercizio di influenza dominante in considerazione dell'alto assenteismo degli altri soci: SBISÀ [2], 501) — « quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati ». Si reputa in genere (SANTOSUOSSO, 715; più di recente NOTARI-BERTONE, 697) che collegamento e controllo si distinguerebbero con riferimento alla durata e all'ampiezza del potere di fatto, giacché il primo a differenza del secondo potrebbe riguardare « una parte ristretta, ancorché significativa, dei poteri relativi all'indirizzo della gestione sociale » e potrebbe risultare « episodico o discontinuo ». Naturalmente l'influenza notevole può essere esercitata sulla società da uno o più soggetti (l'influenza notevole dell'uno, a differenza del controllo, non escludendo quella dell'altro), anche congiuntamente tra loro e anche in presenza di un diverso controllante, qualora gli assetti organizzativi della società (come ad esempio il voto di lista e maggioranze rinforzate in consiglio di amministrazione su materie rilevanti) assicurino comunque un certo potere di influenza ad un socio la cui relazione con la società sia pur sempre “qualificante” pur in presenza di un controllante. Si discute, invece, se sia o meno configurabile l'ipotesi, non espressamente prevista dalla norma (a differenza di quanto avviene per il controllo) del collegamento indiretto (per una rassegna sullo stato del relativo dibattito, v. ancora NOTARI-BERTONE, 698, nota 103). Utili spunti ricostruttivi nella ricerca in concreto della fattispecie del collegamento — anche in relazione alla diversa ipotesi del controllo congiunto — si traggono dall'esperienza applicativa, in particolare in materia bancaria (in relazione alle disposizioni di vigilanza dettate per le operazioni con i soggetti collegati). In quel contesto, infatti, si è precisato — con considerazioni che sembrano per vero suscettibili di applicazione generale — che l'influenza notevole, pur da accertare nel suo esercizio caso per caso, possa essere segnalata da indici quali i seguenti, da valutarsi peraltro tenendo conto di ogni altra circostanza rilevante: (i) l'essere il socio rappresentato nell'organo con funzione di gestione o nell'organo con funzione di supervisione strategica dell'impresa partecipata; (ii) la partecipazione del socio alle decisioni di natura strategica di un'impresa, in particolare in quanto si disponga di diritti di voto determinanti nelle decisioni dell'assemblea in materia di bilancio, destinazione degli utili, distribuzione di riserve, senza che si configuri una situazione di controllo congiunto; (iii) l'esistenza di rapporti contrattuali rilevanti, lo scambio di personale manageriale, la fornitura di informazioni tecniche essenziali. Le medesime disposizioni di vigilanza precisano, a loro volta, come fattispecie distinta dall'influenza notevole, quella del c.d. “controllo congiunto”, che descrivono come *la condivisione, contrattualmente stabilita, del controllo su un'attività economica*, precisando che, in tal caso, si considerano controllanti: (i) i soggetti che hanno la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni finanziarie e operative di natura strategica dell'impresa; (ii) gli altri soggetti in grado di condizionare la gestione dell'impresa in base alle partecipazioni detenute, a patti in qualsiasi forma stipulati, a clausole statutarie aventi per oggetto o per effetto la possibilità di esercitare il controllo. Ne deriva, a ben vedere, che, se il controllo congiunto ricorre, come si è più sopra osservato, ogni qual volta, all'interno di una coalizione di comando, più aderenti

alla stessa pur non avendo da soli il potere di decidere hanno *un concorso volitivo necessario* alla formazione della volontà del gruppo di comando, **nelle altre ipotesi — ivi comprese quelle in cui può pur riscontrarsi che il gruppo collettivamente rivesta la posizione *collettiva* di controllo congiunto ma nessun aderente al gruppo ha un potere individuale di veto — si avrà in genere una potere di influenza notevole individuale e dunque di collegamento.**