

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO / SETTEMBRE

2024

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La nozione di controllo ai fini del consolidamento dei bilanci nei gruppi bancari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le differenti nozioni di controllo. – 2.1. La Direttiva comunitaria e la normativa nazionale. – 2.2. Il controllo “interno”. – 2.3. Il controllo “esterno”. – 3. Osservazioni.

1. Premessa

L'appartenenza di una pluralità di società ad un aggregato creditizio di ordine superiore può rendere particolarmente incerta e difficoltosa la lettura dei relativi bilanci civilistici, posto che se è vero che ciascuna di esse è tenuta alla redazione di un proprio documento d'esercizio in conformità alle disposizioni dettate dall'Ordinamento giuridico, è parimenti vero che tale stato di subordinazione potrebbe riverbarsi in un condizionamento più o meno incisivo della relativa attività gestoria, e pertanto i singoli documenti di periodica sintesi contabile potrebbero non risultare idonei ad epilogare in modo chiaro, veritiero e corretto non soltanto la consistenza del capitale di funzionamento e del reddito d'esercizio delle aziende componenti l'aggregato, ma neppure (anzi soprattutto) di quest'ultimo se riguardato nella sua interezza¹.

A fronte di tali peculiarità strutturali, la funzione che la regolazione ascrive al bilancio *consolidato* di gruppo è quella di sanare l'evidente asimmetria sussistente tra diritto ed economia e discendente dall'assunto che la forma giuridica deve sempre tenere conto della sostanza economica dei fenomeni disciplinati dal diritto², superando le parzialità e le limitatezze dell'informazione contabile promananti dai bilanci delle singole entità costituenti l'aggregato (che per la loro condizionata economia in esso perdono irrimediabilmente la propria individualità per recuperarla soltanto ad un livello sovra-ordinato) e dunque consentendo una precisa ed attendibile determinazione del reddito e del patrimonio del gruppo nonché dei connessi flussi

¹ M. PAOLONI, M. CELLI, *Teoria e fenomenologia dei gruppi aziendali*, Torino, 2022, 235.

² E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità e delle imprese*, Torino, 2021, 723.

finanziari (c.d. “finalismo dominante” del bilancio consolidato³, del tutto speculare a quello stabilito dall’art. 2423 c.c. con riferimento al bilancio d’esercizio).

In ogni caso, preliminarmente alla redazione del bilancio consolidato da parte di qualunque tipologia di gruppo societario (dunque sia di gruppi bancari che aziendali *tout court*), ed in particolare ai fini dell’individuazione delle imprese del gruppo i cui bilanci devono obbligatoriamente venire ricompresi nel succitato documento di sintesi, assume fondamentale rilevanza per il diritto la corretta interpretazione della nozione di controllo societario.

2. Le differenti nozioni di controllo

2.1. La Direttiva comunitaria e la normativa nazionale

La VII Direttiva CEE (n. 349 del 13/06/1983) poneva l’obiettivo di disciplinare la redazione del bilancio consolidato di gruppo pur senza fornire una definizione organica ed esaustiva di quest’ultimo, ma piuttosto limitandosi ad indicare le ipotesi in cui il tipo di vincolo sussistente tra la società capogruppo e ciascuna società controllata (c.d. società-atomo ovvero sussidiaria) avrebbe dovuto comportare l’obbligo di consolidamento del relativo bilancio.

Il Legislatore comunitario ha cioè scelto, del resto specularmente al Legislatore italiano, di non elaborare una nozione di gruppo aziendale, limitandosi piuttosto a stabilire i criteri di definizione dell’area di consolidamento ai fini della redazione del bilancio consolidato. All’art. 1, punto 1), della Direttiva, infatti, si evince una configurazione di gruppo quale insieme di imprese assoggettate al controllo e all’indirizzo di un’unica società (c.d. capogruppo o impresa “madre”) in virtù della disponibilità, in capo a quest’ultima, della maggioranza dei voti esercitabili nelle assemblee di ciascuna impresa-figlia, ovvero della titolarità del diritto di nomina della maggioranza dei componenti dei relativi organi amministrativi, di direzione oppure di vigilanza. Al punto 2) del medesimo articolo, la Direttiva prevede in capo agli Stati membri la facoltà di includere nel rendiconto consolidato quelle

³ A. PRECIPE, P. TETTAMANZI, C. MANCINI, *Bilancio consolidato*, Milano, 2021, 17.

imprese in cui un altro soggetto (appunto la società capo-gruppo) detenga una cointeressenza patrimoniale tale da consentirgli l'esercizio di un'influenza dominante. Al successivo art. 12 è invece prevista la facoltà di includere nel rendiconto consolidato quelle imprese che pur in assenza di vincoli partecipativi risultino comunque sottoposte alla direzione unitaria di un altro soggetto in virtù di un contratto o di apposite clausole statutarie, nonché quelle imprese i cui gli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti in maggioranza dai medesimi soggetti (in ciò prefigurando una struttura di gruppo c.d. "orizzontale")⁴.

Per quanto concerne il D.Lgs. 127/91, con il quale il Legislatore nazionale ha dato attuazione alla citata VII Direttiva CEE in materia di conti consolidati, il relativo disposto mira ad escludere, o quantomeno a limitare, tutte le situazioni in cui il coordinamento o la direzione unitaria delle imprese componenti l'aggregato non risulti basato su vincoli giuridici obiettivamente rilevabili. Si è cioè optato per una configurazione di gruppo sostanzialmente ancorata alle situazioni di controllo *interno*, di diritto o di fatto, previste dai numeri 1) e 2) del primo comma dell'art. 2359 c.c., ampliandone la portata solo per i casi (viepiù residuali nella pratica societaria) di influenza dominante esercitata in virtù di accordi con altri soci (come nel caso dei patti di sindacato, peraltro già implicitamente previsti dall'art. 2359 c.c.), di contratti (c.d. contratti di "dominazione") oppure di clausole statutarie, nell'ipotesi in cui la legge del Paese in cui ha sede la società controllata consenta tali contratti e clausole.

Del resto, per quel che rileva ai fini della presente indagine, la stessa rappresentazione del fenomeno economico in esame, in mancanza di un'univoca definizione da parte dell'Ordinamento nazionale, si basa essenzialmente sull'interpretazione della nozione di *controllo*, a cui rinviano le normative "speciali" volta in volta considerate. La fattispecie del controllo assume infatti rilievo giuridico ai fini dell'analisi della struttura a gruppo in quanto generatrice di situazioni

⁴ È appena il caso di rilevare come l'ampiezza delle opzioni consentite dal Legislatore comunitario fosse motivata dalla necessità di rendere adattabili le norme europee di redazione del bilancio consolidato alle peculiari caratteristiche economico-giuridiche di ciascun Paese membro dell'Unione Europea, le quali ultime inevitabilmente trovavano (e tuttora trovano) riverbero in sistemi normativi tra loro poco o nulla uniformi.

meritevoli di tutela da parte dell'Ordinamento giuridico, allo scopo regolando i sistemi di relazioni inter-societarie e quindi assumendo una posizione di centralità in molte aree disciplinari del diritto societario (integrità del capitale sociale, informativa contabile, ecc.) nonché nelle legislazioni a carattere speciale (in particolare, la normativa *antitrust* e la disciplina della vigilanza dei gruppi bancari). Ma se esistono una pluralità di definizioni di controllo desumibili dalla legislazione di riferimento, la relativa nozione ha inevitabilmente risentito, sotto il profilo interpretativo, della molteplicità dei contesti in cui trova applicazione, al riguardo potendosi affermare che «...le varie discipline, dettando norme descrittive della fattispecie ai fini specifici della propria normazione, hanno inciso considerevolmente, seppure in modo non sempre consapevole, sul modo costruttivo della fattispecie»⁵, alfine determinando un polimorfismo almeno in apparenza irriducibile.

In ogni caso, pur risultando auspicabile un'interpretazione della problematica in esame coerente con il complesso delle esistenti proposizioni legislative nonché atta a consentire una ricognizione unitaria della fattispecie del controllo societario, al di là delle differenze di metodo con riguardo allo studio della nozione giuridica di controllo viene riconosciuta, da unanime dottrina, una rilevanza centrale, in quanto “generale”, alle disposizioni contenute nell'art. 2359 c.c., e un valore funzionale alle norme contenute nelle varie legislazioni speciali che alla prima costantemente rinviando in modo tanto implicito quanto esplicito, e che, comunque, debbono sempre venire interpretate alla luce di essa.⁶ Tale sovra-ordinata funzione è riscontrabile sotto due profili

⁵ M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, 8. Sul punto si vedano anche: L. ANSELMINI, *Gruppo e controllo nella legislazione italiana*, in Antonucci A., *Gruppo e controllo: discipline nazionali a confronto*, A. ANTONUCCI (a cura di), Roma, 1996, 5; A. PAVONE LA ROSA, *Divagazioni in tema di controllo e gruppo nelle aggregazioni societarie*, in *Contr. Impr.*, 1997, III; M. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 185; G. SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. Impr.*, 1997, I.

⁶ Utile segnalare la posizione della Corte di Cassazione, secondo cui il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo ricorre ogni volta vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e ciò venga rivelato dai seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie

distinti. In primo luogo, l'art. 2359 c.c. sarebbe "generale" in quanto operante ogni qual volta una norma pone tra i presupposti della sua applicazione la nozione di controllo senza dettarne una definizione specifica, parimenti entrando in gioco anche nei casi in cui una disciplina implicitamente richieda l'individuazione dei rapporti di controllo tra più aziende (solo l'art. 2359, in altre parole, avrebbe la capacità di valicare i confini per i quali è stato inizialmente pensato dal Legislatore, mentre le altre definizioni di controllo sarebbero speciali nel senso di trovare applicazione esclusivamente nell'ambito in cui sono collocate); in secondo luogo, la norma del Codice Civile sarebbe, ancora, "generale" in quanto idonea a guidare l'interpretazione delle summenzionate norme speciali.

2.2. Il controllo "interno"

Il primo comma dell'art. 26 definisce dunque controllate ai fini della redazione del bilancio consolidato le imprese indicate ai numeri 1) e 2) del primo comma dell'articolo 2359 c.c., e dunque:

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società (c.d. controllo *interno* di "diritto")⁷;

imprese del gruppo ed il correlativo interesse comune; cfr. Cass, Sez. Lavoro, 20 dicembre 2016, n. 26346.

Utile considerare, altresì, che a norma dell'art. 2359, terzo comma, c.c., si considerano collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole; tale situazione - che la norma considera presunta ove nell'assemblea ordinaria possa essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo, se si tratta di società quotate in borsa - può sussistere anche in presenza di società a ristretta base azionaria e familiare, in virtù del vincolo di complicità che - secondo l'"id quod plerumque accidit" - connota i rapporti dei parenti di primo e secondo grado, facendone derivare intese dirette a realizzare finalità comuni; cfr. Cass, Sez. III, 1 aprile 2011, n. 7554.

⁷ Nel testo con il termine società si fa riferimento esclusivamente alle società di capitali e, dove non altrimenti specificato, alle Società per Azioni. Peraltro, l'art. 2361 c.c. consente la partecipazione di società di capitali in imprese comportanti una responsabilità patrimoniale illimitata (cioè, in società di persone): l'acquisto di tale partecipazione, però, deve preventivamente venire deliberato dall'assemblea della società di capitali che procede all'acquisto.

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria⁸ (c.d. controllo *interno* di "fatto").

La prima forma di controllo si ravvisa cioè nel possesso in capo al soggetto controllante di una cointeressenza patrimoniale nella società controllata (controllo *interno*) in misura tale da attribuirgli, per legge, la maggioranza assoluta (controllo di "diritto") dei voti esprimibili nell'assemblea ordinaria in prima convocazione, salvo che lo statuto non preveda una maggioranza più elevata⁹.

L'elemento costitutivo della fattispecie di controllo interno (sia di "diritto" sia, come vedremo in seguito, di "fatto") è imperniato sul concetto di *disponibilità* di voti, in misura sufficiente da consentire l'esercizio di un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria di un'altra società, e non già sulla titolarità di partecipazioni che danno diritto all'espressione del voto in assemblea. Pertanto, deve ritenersi sussistente il controllo interno anche qualora un soggetto disponga del diritto di voto grazie ad un diritto parziale sulla partecipazione, che appunto privi della relativa potestà l'effettivo titolare: al riguardo, la dottrina richiama le ipotesi di usufrutto e/o di pegno, posto che ai fini del computo dei voti disponibili per l'esercizio di un'influenza

⁸ La ragione per cui il concetto di controllo adottato dall'art. 2359 c.c. trova qualificazione nella possibilità di influenzare l'assemblea ordinaria della società controllata in modo tale da condizionarne le relative determinazioni appare poi facilmente comprensibile, in considerazione delle competenze inderogabilmente attribuite dall'Ordinamento giuridico a tale organo nell'ambito delle società di capitali, in materia di approvazione del bilancio d'esercizio, di destinazione degli utili, di nomina e revoca dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo, ecc. Non sono invece rilevanti ai fini della configurazione di controllo in esame le posizioni di forza componibili in seno all'assemblea straordinaria. A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), Torino, 2006, 584.

⁹ G. SBISÀ, *Società controllate e collegate*, cit. Il Pinto al riguardo rileva che «...tenuto conto che l'art. 2368 c.c., al comma primo, stabilisce che l'assemblea ordinaria delibera a maggioranza assoluta (salvo diversa previsione dello statuto), la misura indicata dall'art. 2359, è quella che consente alla controllante di assumere le decisioni legislativamente riservate all'assemblea ordinaria dagli articoli 2364 e 2364 bis c.c. e che, a seconda del modello societario prescelto, permette alla società controllante di nominare e revocare gli amministratori ovvero la maggioranza dei componenti del consiglio di sorveglianza, ove questo esista». V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, 46.

dominante debbono considerarsi per legge anche quelli spettanti all'usufruttuario e al creditore pignoratizio (salvo che il voto non venga convenzionalmente mantenuto in capo al titolare della partecipazione oggetto di pegno o usufrutto)¹⁰.

Posto che la Legge attribuisce rilievo giuridico alla disponibilità dei voti anziché alla titolarità di azioni o quote, ai fini dell'individuazione di una posizione di controllo interno è necessario accertare le reali posizioni di potere in essere all'interno dell'assemblea dei soci piuttosto che la mera sussistenza di situazioni di controllo formali (in altre parole, come anticipato ciò che rileva non è la titolarità del diritto di voto bensì la potestà di decidere sul suo esercizio¹¹). Perciò, ogniqualvolta una società risulti comunque in grado di influire sull'attività di un'altra, allo scopo avvalendosi sia dei voti inerenti azioni o quote di cui abbia la titolarità, sia dei voti afferenti azioni o quote appartenenti ad altri soggetti (come nel caso di pegno o usufrutto), sia dell'esercizio congiunto di entrambi i tipi di voto, ecco sussistere una situazione di controllo interno, che nella misura in cui raggiunga le maggioranze poc'anzi viste può senz'altro qualificarsi di "diritto".

In ogni caso, tale potestà di influenza deve presentare carattere essenzialmente positivo, con la conseguenza che per qualificare un determinato soggetto come controllante ai sensi dell'art. 2359 c.c. (dunque di tutte le modalità di controllo ivi contemplate) non assume alcun rilievo il mero potere di impedire con il proprio voto contrario l'approvazione delle delibere assembleari¹². Inoltre, si ritiene sussistere un controllo di diritto solo quando la disponibilità della maggioranza assoluta dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria abbia ad oggetto *tutte* le deliberazioni assumibili in tale consesso, e a condizione che a

¹⁰ F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2013, 277; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, cit., 585.

¹¹ A titolo di esempio «...si può considerare il caso in cui l'usufruttuario delle azioni o il creditore pignoratizio siano titolari del diritto di voto in assemblea ma che, ciò nonostante, si siano contrattualmente vincolati ad esercitarlo nell'interesse e secondo le indicazioni del nudo proprietario ovvero del debitore. Questi accordi parasociali disciplinanti l'esercizio del voto, sono pienamente rilevanti al fine di ascrivere a questi ultimi i diritti di voto e, ricorrendone i presupposti, anche la qualifica di controllante». G. SBISÀ, *Società controllate e collegate*, cit., 470.

¹² G. FRÈ, G. SBISÀ, *Società per azioni*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna, 2021, 469; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Società*, 1995, III.

tale maggioranza sia attribuito il potere di assumere tutte le deliberazioni medesime.

Qualora l'autonomia statutaria introduca modificazioni al modello legale in esame con riguardo alla struttura organizzativa (ad esempio in tema di *quorum* assembleari, nei limiti consentiti dalla Legge) o alla struttura finanziaria (ad esempio in tema di emissione di particolari categorie di azioni o di strumenti finanziari partecipativi), così che uno stesso soggetto non riesca a disporre della maggioranza assoluta dei voti in tutte le possibili deliberazioni dell'assemblea ordinaria, o comunque non detenga il potere di assumere tutte le deliberazioni ivi assumibili, la fattispecie del controllo interno di "diritto" non può considerarsi realizzata (al limite prefigurandosi la fattispecie del controllo interno di "fatto"). In altre parole, la disponibilità della maggioranza assoluta dei diritti di voto in assemblea ordinaria non configura di per sé un indice univoco di influenza dominante, e pertanto non consente di qualificare *ipso facto* come controllante chi ha la facoltà di esercitare tale maggioranza, se e nella misura in cui sussistano delle circostanze di fatto e/o di diritto che impediscano a quest'ultimo di esercitare tale prerogativa con riguardo a *tutte* le deliberazioni potenzialmente assumibili dall'assemblea.

La seconda modalità di controllo *interno* prevista dall'art. 2359 c.c. (primo comma, punto 2) si realizza quando una società dispone di un numero di voti tale da non consentirle il conseguimento della maggioranza assoluta dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, in prima convocazione, di un'altra società, ma comunque sufficienti per esercitare su di essa un'influenza "dominante".

Tale forma di controllo, basata su una partecipazione non maggioritaria al capitale di una determinata azienda, è tipica di quei contesti societari caratterizzati dalla polverizzazione della compagine societaria nonché dall'assenteismo dei soci in assemblea (come nel caso delle *public companies*), in cui appunto un singolo soggetto pur detenendo una partecipazione di per sé minoritaria al capitale è comunque in grado di conseguire la maggioranza relativa dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

La norma in esame prefigura dunque l'ipotesi del controllo societario di "fatto", in cui il detentore di una cointeressenza patrimoniale in una determinata società, di minoranza se rapportata all'ammontare totale del capitale "ordinario" di quest'ultima e pertanto

non idonea a consentire l'esercizio di un controllo di diritto, è comunque in grado di dominare con continuità il consesso assembleare¹³ e quindi di influenzarne pienamente le principali determinazioni, rivestendo la posizione di socio di maggioranza relativa in rapporto alla porzione di capitale ivi rappresentata.

Risulta evidente come il controllo interno di tipo minoritario oggetto d'esame, reso appunto possibile da una serie di circostanze empiriche, costituisce una figura strutturalmente diversa dal controllo interno di diritto poc'anzi analizzato. Posto che in entrambi i casi rileva la possibilità di esercitare un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria della società partecipata mediante l'esercizio del diritto di voto, se al ricorrere degli estremi di cui al comma primo, n. 1), dell'art. 2359 c.c. tale possibilità deve ravvisarsi in *re ipsa* qualora un unico soggetto disponga della maggioranza assoluta dei voti esercitabili in quella sede, è invece necessaria una valutazione caso per caso nell'ipotesi in cui non dovesse venire raggiunta la citata soglia quantitativa¹⁴.

In altri termini, se nell'ipotesi di controllo interno di diritto l'influenza dominante si presume quando sussiste la disponibilità della maggioranza assoluta dei diritti di voto in assemblea, in ipotesi di controllo interno di fatto, invece, essa rappresenta un elemento costitutivo del controllo medesimo, dovendosi accertare che la partecipazione posseduta, con specifico riferimento al caso concreto, ancorché minoritaria risulti comunque idonea ad incidere in modo decisivo sugli equilibri di potere espressi in assemblea a causa delle circostanze di fatto ivi realizzatesi.

Posto che anche con riferimento a tale fattispecie la titolarità formale delle azioni o quote non rappresenta un criterio sufficiente per individuare il soggetto che, nei fatti, può esercitare un controllo

¹³ A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, cit., 584. Per l'Autore «...la detenzione di un numero di quote o azioni è sicuramente tale da consentire l'esercizio di un potere preponderante nell'assemblea ordinaria quando comporta la possibilità di scelta di amministratori e sindaci e di generale indirizzo e controllo della gestione attraverso l'approvazione annuale dei bilanci di esercizio». Sul punto si vedano anche: G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2021, 327; V. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2020, 596.

¹⁴ G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA, *Il diritto delle società*, Bologna, 2006, 684; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, cit., 582.

sostanziale sull'assemblea della società controllata, ma è piuttosto necessario rifarsi al concetto di disponibilità effettiva di un quantitativo adeguato di voti (riproponendosi, pertanto, le riflessioni poc'anzi effettuate con riguardo alla modalità di controllo interno di diritto), e parimenti non rileva il voto spettante per conto terzi né l'ipotesi di controllo congiunto, è a nostro avviso necessario chiarire il significato attribuibile all'espressione influenza *dominante*.

Se in linea teorica può affermarsi che tale modalità di esercizio del controllo prefigura la facoltà di un socio di determinare in solitudine la volontà dell'organo deliberativo della controllata, secondo l'opinione prevalente essa ricorre nel momento in cui sia ravvisabile un "potere positivo, dominante ed esclusivo di influenza sulle determinazioni dell'assemblea in conseguenza di posizioni giuridiche e di rapporti che abbiano un certo grado di stabilità"¹⁵, mentre ancora una volta è del tutto irrilevante, ai fini dell'individuazione di una posizione di influenza dominante, la sussistenza in capo al socio di un semplice potere "negativo", cioè della potestà di opporre il proprio veto all'approvazione delle deliberazioni assembleari¹⁶.

In questa sede, è opportuno e sufficiente aggiungere che la nozione di influenza dominante indica in sostanza la possibilità in capo ad un determinato soggetto di condizionare l'autonomia deliberativa dell'assemblea ordinaria della società controllata nonostante la porzione minoritaria della propria partecipazione al capitale "ordinario" di quest'ultima. Tale condizionamento, che può incidere sull'attività decisionale dell'assemblea complessivamente considerata come anche sull'adozione di singoli atti, deriva dal fatto che nessun altro socio è in grado da solo od unitariamente agli altri soci di adottare i medesimi atti, sicché «il voto di quella società è generalmente necessario per il

¹⁵ M. CARATTOZZOLO, *Il bilancio consolidato di gruppo. Profili economici e giuridici*, Giuffrè editore, 2002, p. 64.

¹⁶ In altre parole, posto che il controllo societario è caratterizzato dal concetto di dominio, che viene comunemente inteso come la capacità di imporre in positivo la propria volontà sulle decisioni della società controllata, l'influenza dominante sussiste quando soltanto un soggetto ha il potere, detenendo la maggioranza di diritto o di fatto nell'assemblea ordinaria, di sottomettere «...l'autonomia deliberativa della controllata, facendole assumere decisioni conformi alla sua volontà e non solo impedendo che essa assuma decisioni contrarie al suo volere». M. NOTARI, J. BERTONE, *Società controllate e collegate*, in *Comm. alla riforma delle società diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2008, 708.

raggiungimento della maggioranza ed è quindi in grado di condizionare le relative decisioni»¹⁷.

Con riguardo poi all'individuazione del contenuto *minimo* dell'influenza dominante quale elemento costitutivo della nozione di controllo *ex art. 2359 c.c.*, esso deve come anzidetto ricercarsi, a parere della prevalente dottrina, nella possibilità di prevalere nelle deliberazioni dell'assemblea ordinaria concernenti la nomina dei componenti l'organo amministrativo, ovvero della maggioranza di essi. Tale prerogativa costituisce quindi, a ben vedere, la condizione necessaria e sufficiente per qualificare l'influenza esercitabile su una determinata società dall'azienda partecipante in termini di controllo di "fatto": necessaria, in quanto in sua mancanza verrebbe meno «...la possibilità di configurare l'influenza dominante che appunto caratterizza la figura del controllo interno di fatto»; sufficiente, in quanto l'eventuale assenza di una capacità di voto altrettanto dominante nelle altre materie di competenza dell'assemblea ordinaria «non farebbe venir meno da parte dell'azionista di maggioranza delle "leve del potere" in grado di tradursi in direttive sulla gestione dell'impresa»¹⁸.

Pertanto, nell'ipotesi in cui una società disponga della maggioranza dei voti nelle deliberazioni dell'assemblea ordinaria di un'altra società esclusivamente con riguardo alla nomina degli amministratori, essa rivestirebbe in ogni caso la qualifica di controllante di fatto anche nell'ipotesi in cui non dovesse disporre della medesima capacità di voto nelle altre materie di competenza di tale consesso (ivi comprese la revoca degli amministratori medesimi, la nomina e revoca degli altri organi sociali, l'approvazione del bilancio, la destinazione degli utili, ecc.). L'influenza esercitata è infatti di natura "dominante" proprio in virtù della possibilità di determinare gli indirizzi gestionali dell'azienda e quindi le relative prospettive future, a nulla rilevando l'eventuale assoggettamento ad una significativa attività di interdizione da parte degli altri componenti della compagine societaria con riguardo a singoli e parziali aspetti della gestione medesima. Per converso, l'impossibilità di disporre di un numero sufficiente di voti nella seduta assembleare di nomina dei componenti dell'organo amministrativo non le

¹⁷ A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, cit., 511; G. SBISÀ, *Società controllate e collegate*, cit., 338.

¹⁸ M. NOTARI, J. BERTONE, *Società controllate e collegate*, cit., 710.

consentirebbe di rivestire la qualifica di controllante, anche qualora disponesse della maggioranza dei voti esercitabili in tutte le rimanenti materie di competenza dell'assemblea ordinaria.

In ogni caso la disponibilità di diritti di voto, appunto idonea a configurare una posizione di controllo di fatto, deve necessariamente conseguire ad un assetto di poteri (relativamente) *stabile*¹⁹, che dunque consenta al soggetto partecipante di disporre con una certa continuità di una quota di capitale sufficiente a conseguire, lungo un arco temporale ragionevolmente significativo, una posizione di preminenza nelle citate deliberazioni assembleari. Tale relativa stabilità deve necessariamente accertarsi attraverso un'analisi *ex post* dell'andamento delle assemblee della società partecipata lungo un arco di tempo ragionevolmente significativo (ovviamente con riguardo a consessi assembleari di particolare importanza, come appunto quelli competenti alla nomina dell'organo amministrativo), a nulla rilevando un potere di controllo meramente occasionale dovuto ad estemporanee contingenze (come nel caso, ad esempio, del fortuito dominio su un consesso al quale i soci di riferimento, solitamente presenti, non abbiano potuto partecipare, ovvero nell'ipotesi di un socio maggioritario che si astenga ripetutamente dall'esercitare le proprie prerogative di controllante).

La modalità di controllo in esame si basa dunque sulla circostanza che la disponibilità dei voti in capo ad un determinato soggetto, pur in assoluto minoritaria, comunque consenta, in presenza di specifiche circostanze, l'esercizio nell'assemblea ordinaria della società partecipata di un'influenza dominante: a tal fine, è quindi necessario indagare le specifiche circostanze suscettibili di "potenziare" una partecipazione di minoranza "assoluta", avendo al riguardo la dottrina

¹⁹ Alcuni Autori distinguono tra influenza "dominante", con ciò intendendo il potere di influenzare il comportamento dell'impresa nella sua globalità, e influenza "determinante", che a differenza della prima ricorrerebbe anche nei casi in cui un soggetto ha il potere di influenzare in modo sensibile il comportamento di un'impresa in settori specifici, senza essere in grado di incidere, neanche potenzialmente, sul comportamento gestorio generale di quest'ultima. Altri Autori, invece, ritengono che l'influenza dominante possa presentare livelli di intensità variabile, ad esempio a seconda che sia monocratica o congiunta, che concerna tutte le scelte gestionali o soltanto alcune. E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 15; M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, cit., 56.

individuato, come poc'anzi anticipato, sia elementi di fatto che di diritto²⁰.

Con riferimento agli elementi di fatto, una partecipazione minoritaria in senso assoluto potrebbe risultare maggioritaria in senso relativo, in virtù del grado frazionamento del capitale sociale dell'azienda partecipata (più o meno elevata polverizzazione della compagine societaria) nonché dell'assenteismo in assemblea dei soci minori. Tali elementi si pongono in stretta correlazione reciproca, dato che nel caso di grandi aziende, preferibilmente quotate, i piccoli azionisti raramente partecipano alle attività sociali, e comunque difficilmente raggiungono una coesione sufficiente per contrastare il socio (o il gruppo di soci) di riferimento. Pertanto, più che sull'individuazione di una soglia quantitativa oltre la quale un socio di minoranza assoluta potrebbe esercitare un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria della società partecipata (venendo cioè a disporre della maggioranza assoluta dei diritti di voto ivi normalmente presenti), si tratta di comporre un meccanismo di conseguimento del controllo di tipo "probabilistico" che tenga conto del livello di assenteismo (basato sul limitato interesse dei soci "minori" per la conduzione della società) nonché del grado di coesione dei restanti soci di minoranza. Evidentemente, il meccanismo in esame è tanto più funzionante quanto maggiore è la dispersione del capitale dell'impresa considerata.

Più in generale, qualora ad un significativo frazionamento del capitale si accompagni un elevato tasso di assenteismo tra i piccoli soci, la partecipazione minoritaria cui ricondurre una posizione di controllo di fatto potrebbe anche non raggiungere la soglia della maggioranza assoluta dei voti dei soci presumibilmente presenti in assemblea, tenuto conto che assai difficilmente questi ultimi potrebbero mostrare un livello di coesione sufficiente per vincere l'orientamento manifestato

²⁰ M. NOTARI, J. BERTONE, *Società controllate e collegate*, cit., 672. Sul punto si vedano anche: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale – Diritto delle società*, Torino, 2020, 290; M. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, cit., 346; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., 327; D. CORAPI, *Le società per azioni*, in AA.VV., *Diritto privato comparato – Istituti e problemi*, Bari, 2016, 188; S. SERAFINI, *La qualificazione dei rapporti di controllo ai fini dell'accertamento dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 115.

dal socio di minoranza in posizione di potenziale controllo. Al contrario, qualora ad un'accentuata polverizzazione della compagine societaria non dovesse corrispondere un significativo tasso di assenteismo dei soci, una partecipazione minoritaria potrebbe attribuire al detentore la possibilità di esercizio di un'influenza dominante soltanto nella misura in cui raggiungesse almeno la metà dei voti che saranno presumibilmente esercitati in assemblea.

In aggiunta alle citate modalità di controllo interno, di diritto ovvero di fatto, mutate *sic et simpliciter* dall'art. 2359 c.c., il 2° comma dell'art. 26 ne integra la portata dispositiva, seppur in via residuale nella pratica aziendale, considerando altresì controllate, ai fini dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato, anche l'impresa nella cui assemblea un'altra società, in base ad accordi con altri soci, controlla da sola la maggioranza, assoluta ovvero relativa, dei diritti di voto ivi esercitabili (con ciò evidentemente richiamando in tutto e per tutto l'ipotesi del patto parasociale di voto, peraltro già implicitamente contemplata dal Legislatore nella fattispecie del controllo interno *ex art. 2359 c.c.*).

Come è noto si tratta di accordi esterni al contratto sociale con i quali alcuni soci legittimamente si impegnano a concordare preventivamente le modalità di espressione del diritto di voto in assemblea ed idonei ad attribuire ad uno solo di essi la maggioranza assoluta dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria della società controllata²¹.

Se dunque il patto di sindacato costituisce un fattore di “potenziamento” di una partecipazione (evidentemente di minoranza) ai fini del conseguimento di una posizione di controllo, si evidenzia come lo *status* di controllante non sia giammai di pertinenza del sindacato in quanto tale, e quindi di un soggetto giuridico a struttura collettiva o associativa, dato che in tal guisa si tratterebbe di un dominio esercitato congiuntamente da più soggetti (tutti i soci aderenti al patto di sindacato) e dunque in palese violazione del principio della natura esclusiva e “solitaria” del controllo *ex art. 2359 c.c.* in ciò piuttosto

²¹ Pur non trovandone esplicita menzione nella norma di legge in esame, a parere della prevalente dottrina tale possibilità rientra infatti a pieno titolo nel concetto di disponibilità di voto oggetto di analisi nelle precedenti righe. F. GALGANO., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2013, 123; V. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2020, 602.

prefigurando l'ipotesi del controllo congiunto)²², bensì sempre e soltanto di un singolo e ben individuato socio sindacato, il quale, attraverso la propria adesione ad esso, riesce ad esercitare in prima persona ed in modo esclusivo un'influenza dominante sulle attività e sulle decisioni della società partecipata (che diviene quindi controllata in "solitudine" da tale socio, in virtù, appunto, dei diritti di voto acquisiti in forza del patto parasociale)²³.

Inoltre, il terzo comma dell'art. 26, in modo del tutto speculare a quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 2359 c.c., stabilisce che ai fini dell'individuazione di un'ipotesi di controllo interno (di diritto ovvero di fatto) rilevante per la redazione del bilancio consolidato, debbono considerarsi anche i rapporti di controllo di natura *indiretta*, e pertanto i diritti di voto spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persone interposte, mentre non si considerano quelli spettanti ad un determinato soggetto per conto terzi (art. 2359 c.c., secondo comma), e quindi non si considera il voto di chi partecipa all'assemblea ordinaria quale rappresentante di uno o più soci, né i diritti di voto potenziali.

Si rileva inoltre come l'utilizzo dell'espressione "voti esercitabili" nell'assemblea ordinaria comporta che, ai fini del computo della maggioranza (assoluta o relativa), bisogna prescindere, ragionando *ad contrariis*, non soltanto dai voti che il titolare delle azioni non può esercitare perché soggette a pegno o usufrutto (come anzidetto, in base a quanto disposto dall'art. 2352 c.c., comma primo, il diritto di voto spetta, salvo convenzione contraria, al creditore o all'usufruttario), ma anche dai voti non esercitabili a causa del divieto di cui all'art. 2359-*bis* c.c.: nel caso cioè in cui una società controllata possieda una

²² Peraltro, si segnala l'esistenza di una recente ma isolata dottrina che diversamente da quanto riportato nel testo considera il controllo congiunto alla medesima stregua del controllo in senso proprio, ricomprendendolo nelle previsioni dell'art. 2359 c.c. A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. soc.*, VI, 2003.

²³ M. NOTARI, J. BERTONE, *Società controllate e collegate*, cit., 679; F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 273; G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 291. Peraltro, a tal riguardo si rileva come una minoritaria dottrina neghi con forza che il controllo conseguibile mediante l'adesione a patti di sindacato possa ricondursi alle fattispecie previste dall'art. 2359 c.c.; R. COSTI, *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA*, in *Banca e Borsa*, I, 1999.

cointeressenza al capitale della propria controllante, essa non può esercitare il connesso diritto di voto nelle assemblee di quest'ultima.

Conclusivamente, si evidenzia come anche la nozione di controllo societario rilevante ai fini della redazione del bilancio consolidato, specularmente a quella delineata dall'art. 2359 c.c., abbia natura potenziale/presuntiva, esplicandosi nella mera facoltà per il soggetto controllante di indirizzare la gestione strategica della società controllata in virtù della disponibilità di una partecipazione di maggioranza assoluta al capitale di quest'ultima, e pertanto non richieda, per essere qualificato tale, un esercizio attuale ed effettivo del potere di indirizzo e supervisione. In altre parole, la tipologia di controllo oggetto d'esame è potere in sé ma non necessariamente in atto, e pertanto prescinde, ai fini della sua compiuta acquiescenza, dall'effettivo esercizio e quindi si configura tale anche prima che sia stato possibile esercitarlo.

Conseguentemente, se l'esercizio effettivo del potere di influenza dominante nulla aggiunge alla nozione di controllo in quanto tale, parimenti il suo mancato esercizio non fa venire meno i requisiti del controllo interno di diritto e pertanto non compromette la qualifica di controllante in capo per la società che legittimamente detiene tale potere, indipendentemente dalla circostanza che ciò dipenda dalla mera inerzia di quest'ultima, da una sua precisa scelta strategica ovvero dalla presenza di situazioni di fatto che l'hanno indotta a non esercitare le proprie prerogative di controllante²⁴.

2.3. Il controllo “esterno”

In aggiunta alle citate modalità di controllo *interno*, di diritto ovvero di fatto, mutate *sic et simpliciter* dall'art. 2359 c.c., il 2° comma dell'art. 26 ne integra la portata dispositiva, seppur in via del tutto residuale nella pratica aziendale, considerando altresì controllate, ai fini dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato, anche le imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, rispettivamente, sull'organo amministrativo ovvero sull'assemblea delle prime (c.d.

²⁴ M. NOTARI, J. BERTONE, *Società controllate e collegate*, cit., 682. Sul punto si vedano anche: M. LAMANDINI, *Commento all'art. 2359 c.c.*, in *Le società per azioni*, M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, U. TOMBARI (a cura di), Milano, 2016.

gruppo “orizzontale”), quando la legge applicabile consente tali contratti o clausole.

La prima delle citate fattispecie contempla i cc.dd. contratti di *dominazione* (cc.dd. *management contracts*, la cui sottospecie più importante sono i contratti di gestione), aventi per oggetto l’attribuzione ad una società del diritto di esercitare un potere di indirizzo giuridicamente vincolante sull’organo amministrativo di un’altra società, la quale ultima si obbliga pattiziamente a “sottomettersi” all’imposizione di una direzione unitaria per il conseguimento di uno scopo comune da parte degli organi istituzionali della prima, anche nell’ipotesi in cui ciò possa arrecarle un pregiudizio di natura patrimoniale (ovviamente a condizione della previsione, in sede pattizia, di adeguati vantaggi compensativi in capo alla società dominata nonché del rispetto dei principi generali di corretta gestione societaria).

A differenza di quanto statuito dal primo comma, numero 3), dell’art. 2359 c.c. (ipotesi di controllo *esterno* realizzato tramite appositi vincoli contrattuali), in cui un contratto legalmente tipico contiene clausole accessorie tali da vincolare operativamente un’azienda ad un’altra pur in assenza di un vincolo di natura partecipativa, nel caso del citato accordo di dominazione è il complessivo documento contrattuale a configurare un’ipotesi di eterodirezione di una società da parte di un’altra, cioè ad assoggettare un’impresa giuridicamente indipendente all’esercizio di un’influenza dominante da parte di un altro soggetto (in altre parole, una società rinuncia alla propria gestione a beneficio di un’altra)²⁵. Più

²⁵ Il contratto di “dominazione”, tipico dell’Ordinamento tedesco, consente all’impresa dominante di perseguire apertamente i propri interessi e quelli del gruppo nel suo insieme anche a svantaggio delle imprese dominate, tramite la trasmissione di istruzioni giuridicamente vincolanti agli organi amministrativi di quest’ultime. L’organo di gestione è quindi del tutto subalterno, ma proprio per questo non responsabile verso i soci e i terzi delle eventuali conseguenze dannose per l’impresa derivanti dall’attuazione delle istruzioni ricevute. Per evitare quindi che soci di minoranza, creditori e soggetti terzi della società dominata, possano vedere lesi i propri diritti, in particolare di natura patrimoniale, da un non corretto esercizio del rapporto di dominanza, la legge tedesca prevede uno specifico regime di responsabilità in capo all’impresa dominante volto ad assicurare la corretta gestione dell’impresa dipendente, allo scopo obbligando la prima a coprire, per l’intera durata del rapporto, le eventuali perdite d’esercizio subite dalla seconda, imputabili sia a

specificamente, il controllo derivante da un contratto di “dominazione” si differenzia da quello basato su particolari vincoli contrattuali dato che, in quest’ultimo (che sottolineiamo non venire considerato dall’art. 26 del D.Lgs. 127/91 ai fini della redazione del bilancio consolidato), l’oggetto del contratto non è il dominio di una azienda su un’altra bensì la disciplina di rapporti di interscambio commerciale/finanziario che, alla prova dei fatti, si rivelano fondamentali per la sopravvivenza nel tempo di una di esse (come nel caso, ad esempio, dell’utilizzo di una concessione che pone la concessionaria in una condizione di dipendenza economica nei confronti della concedente).

La modalità di controllo “pattizia” in esame è stata per lungo tempo considerata, da consolidata dottrina²⁶ (oltre che dallo stesso Legislatore nella Relazione al D.Lgs. 127/91), del tutto incompatibile con i principi fondamentali del diritto societario, e dunque dichiarato giuridicamente nullo il sotteso contratto di “dominazione” per illegittimità della causa e dell’oggetto, dato che una società non può giammai vincolarsi ad agire in spregio del proprio particolare interesse²⁷, e parimenti l’organo di

pregiudizievoli direttive impartite dalla dominante sia allo sfavorevole andamento della gestione imprenditoriale *tout court*. In altre parole, società dominante e società dominata restano, nei rapporti esterni, soggetti fra loro distinti ciascuno mantenendo la propria personalità giuridica, ma nei rapporti interni l’alterità soggettiva è del tutto neutralizzata dato che:

1) la società dominata non ha un proprio interesse sociale distinguibile da quello della società dominante e ad esso contrapponibile, giacché le direttive impartite da quest’ultima potrebbero anche essere pregiudizievoli per la controllata purché risultino utili per il soddisfacimento degli interessi dell’impresa dominante o del gruppo nel suo complesso, mentre l’organo amministrativo della società dominata non ha la facoltà di rifiutare l’esecuzione di quanto impartito;

2) la società dominata non assume, sempre nei rapporti interni, un proprio rischio imprenditoriale, giacché ove esiste un contratto di dominazione la dominante si obbliga a coprire ogni perdita d’esercizio subita dalla dominata durante il periodo di vigenza del contratto.

²⁶ M. NOTARI, J. BERTONE, *Società controllate e collegate*, cit., 688; A. GHINI, *I riflessi delle direttive di gruppo sui bilanci delle controllate*, in *Società*, V, 2006; A. GAMBINO, D.U. SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, 2006, 74; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, V, 2004; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 110; P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, 311.

²⁷ F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, 162. Per l’Autore «...più precisamente, il rapporto di dominio e di alienazione del governo della società era parso irrimediabilmente contrastare con due principi inderogabili del diritto

gestione non può prescindere da una piena e totale autonomia di giudizio nelle scelte concernenti gli affari sociali e dunque rinunciare alle proprie indipendenti prerogative gestorie trasferendole agli organi di altre imprese²⁸ (l'art. 2380-bis c.c. attribuisce infatti la gestione imprenditoriale, in via esclusiva, all'organo amministrativo), ma tuttavia la fattispecie in esame venne egualmente inserita all'art. 26 in previsione dell'eventualità che un gruppo societario di diritto italiano potesse annoverare, tra le proprie componenti, anche aziende residenti in Paesi in cui tale modalità di controllo fosse consentita dalla legge (come accade, ad esempio, in Germania)²⁹.

societario: vale a dire, con il principio per cui nessuna società potrebbe vincolarsi ad agire in difformità del suo interesse particolare e con quello secondo il quale gli organi societari non potrebbero abdicare, in nessun caso, all'autonomia decisionale che compete loro in merito alla condotta degli affari sociali (disciplina dettata, appunto, dagli artt. 2497 c.c. e ss.). Ma la medesima opinione era anche argomentata in base alla disciplina riguardante la responsabilità degli amministratori delle società di capitali. L'illiceità del contratto di dominio e dei vincoli conseguenti, quindi, sarebbe derivata dalla circostanza che questi ultimi devono essere sempre ed inderogabilmente responsabili della gestione della società nei confronti dei terzi (siano essi creditori sociali che agiscono ai sensi dell'articolo 2394 c.c. oppure singoli soci o altri terzi che agiscono nei loro confronti ai sensi dell'articolo 2395 c.c.) e del fatto che, ammettendo il contrario, l'esistenza di quei vincoli avrebbe potuto essere opposta dagli amministratori della controllata ai terzi, al fine di escludere la propria responsabilità in ordine alla gestione della società». Sulla medesima linea interpretativa si posizionano anche: G. SBISÀ, *Società per azioni*, cit., 478; P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, A. PAVONE LA ROSA (a cura di), Bologna, 1987; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2020, 798; V. DONATIVI, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2006, 143.

²⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 92; P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, V, 545; P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, *Le Società per Azioni*, Milano, 2016, 111.

²⁹ Peraltro, diversamente dai succitati Autori, il Tombari ammetteva la legittimità di contratti (giuridicamente atipici) in cui una società si vincola ad osservare le direttive di un'altra società in materia di gestione dell'attività economica mentre quest'ultima si impegna ad esercitare il potere di direzione così attribuito nel rispetto degli interessi facenti capo alla società dominata e al fine di valorizzarne i risultati economici. Per l'Autore, infatti, «...non si può dire che esista un'opinione contraria, ma piuttosto una serie di riflessioni che, spesso implicitamente, tendono a verificare fino a che punto si possa, per il diritto italiano, dislocare negozialmente il processo decisionale al di fuori dell'organizzazione societaria»; U. TOMBARI, *La nuova*

Fatta giusta menzione di pregevoli riflessioni autoriali³⁰, e financo di autorevoli interventi giurisprudenziali³¹, poco o nulla aderenti alla citata “ortodossia” dottrinale, in ogni caso l’introduzione nell’Ordinamento giuridico della disciplina in tema di direzione e coordinamento societario ha certamente attenuato la forza argomentativa delle obiezioni opposte alla legittimità del contratto di “dominazione”, atteso che il Legislatore ha espressamente formalizzato, all’art. 2497-*septies* c.c., la fattispecie dell’eterodirezione societaria di origine specificamente contrattuale³², e cioè la possibilità che una società possa emettere indicazioni gestionali vincolanti direttamente nei confronti dell’organo amministrativo di un’altra società, con ciò chiaramente vanificando il citato principio di autonomia dell’organo medesimo³³.

Peraltro il Legislatore, nel legittimare l’esistenza della succitata fattispecie, ha contestualmente accolto una visione del gruppo quale equo temperamento ed espressione di massima valorizzazione

disciplina del gruppo di società, in Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private, P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI (a cura di), Milano, 2003, 281.

³⁰ Il principio generale dell’autonomia privata delle parti giammai escluderebbe la facoltà, per più imprese costituite in forma societaria, di sottoporsi contrattualmente alla direzione unitaria di una capogruppo che, in virtù di tale strumento, pur dando istruzioni agli organi gestionali delle società dominate comunque non ne annichirebbe le prerogative al punto di sostituirsi ai medesimi nell’attività “esterna” delle società, e tantomeno ne precluderebbe la capacità di reagire ad istruzioni illecite o contrarie al proprio peculiare interesse (tale modalità di controllo sarebbe dunque potenzialmente compatibile con la nozione di influenza notevole *ex art. 2359 c.c.*). M. TONELLO, *Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentassimo l’esame di meritevolezza?*, in *Contr. Impr.*, 1995, 1078.

³¹ In tal senso la Corte di Cassazione, che nell’esprimersi a favore della liceità di una direzione unitaria contrattuale è giunta a prefigurare l’ipotesi di un accordo di gruppo diretto a creare un’impresa unica, con direzione unica e patrimoni tutti destinati al conseguimento di una finalità comune ed ulteriore (quella propria dell’impresa di gruppo). Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439 e 8 maggio 1991, n. 5123.

³² Di fatto l’art. 2497-*septies* consente la regolamentazione contrattuale della direzione e coordinamento di gruppo tra società controllante e società controllate. P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317.

³³ Peraltro, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2392 c.c. e ss., gli amministratori delle società etero-dirette conservano la propria responsabilità per l’attuazione di direttive pregiudizievoli impartite dalla società dominante, che di conseguenza hanno il potere/dovere di disapplicare.

dell'interesse delle società facenti parte del gruppo e non quale modello servente unicamente alla realizzazione di un plusvalore economico ed organizzativo della capogruppo, pertanto rafforzando il principio di salvaguardia degli interessi patrimoniali altrui nonché quello della corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle imprese dominate. In altri termini, la legittima ingerenza della capogruppo nella gestione della società-atomo non è stata elaborata come vantaggio esclusivamente per il soggetto dirigente, bensì (almeno parzialmente) anche per il soggetto eterodiretto nel momento in cui gli interessi di entrambi trovino sovrapposibilità e parimenti appaiano congiuntamente perseguibili³⁴, con ciò evidentemente propugnando il carattere fisiologico del gruppo quale potenziale sovra-struttura massimizzatrice di tutti gli interessi coinvolti nella dinamica aggregativa (ma in ogni caso, giammai può essere integralmente sacrificato l'interesse della singola società-atomo).

Con riguardo poi alla seconda fattispecie di controllo contrattuale, essa promana dalla possibilità che un'impresa eserciti un'influenza dominante su un'altra impresa in virtù di apposite clausole inserite nello statuto sociale di quest'ultima (lo statuto sociale, del resto, è a tutti gli effetti una particolare tipologia di contratto).

La modalità d'attuazione tipica di tale modalità di controllo aziendale, che è anche quella maggiormente studiata in campo dottrinale, consiste nell'assegnazione ad uno specifico socio, e a lui soltanto, di una serie di prerogative (delle quali le più comuni concernono il potere di nominare la maggioranza dei componenti l'organo di amministrazione e il potere di veto su specifiche delibere societarie)³⁵ indipendentemente dalla quota di capitale sociale da questi effettivamente detenuta. È cioè possibile che la previsione nello statuto sociale di tali clausole di privilegio consenta ad un socio detentore di un pacchetto azionario di per sé di minoranza assoluta (al limite anche di una sola azione, necessaria per avere la qualifica di socio – c.d.

³⁴ La formulazione dell'art. 2497 c.c. prevede infatti che non vi è responsabilità, nei confronti dei soci e/o dei creditori sociali, quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette (teoria dei cc.dd. "vantaggi compensativi").

³⁵ G. DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, Padova, 1999, 122.

golden share) di assurgere al ruolo di socio di riferimento, agendo in sede assembleare, e più in generale sulla *governance* di una determinata società, come se detenesse la maggioranza assoluta del capitale.

Specularmente al contratto di dominazione, anche il controllo tramite clausole statutarie era considerato sostanzialmente incompatibile con l'Ordinamento giuridico nazionale, non soltanto perché incidente sullo *status* e sulle funzioni tipiche degli organi istituzionali di un'azienda alla luce dei principi del diritto societario, ma soprattutto perché lesivo di quel principio maggioritario che dovrebbe governare il funzionamento degli organi medesimi (in particolare, dell'assemblea dei soci). Anche in tale ipotesi, pertanto, il controllo derivante da clausola statutaria veniva contemplato solo nell'eventualità in cui il diritto applicabile ai rapporti intrattenuti con un'impresa controllata estera consentisse l'inserimento di tali clausole nello statuto della società controllata³⁶.

E specularmente al caso del contratto di dominazione, anche la modalità di controllo in esame è stata nei fatti legittimata dall'introduzione nell'Ordinamento giuridico della disciplina in tema di direzione e coordinamento societario, che ha certamente attenuato la

³⁶ Tuttavia, l'istituto della *golden share* è stato massivamente utilizzato anche in Italia, sulla scorta di quanto accaduto in Francia, nel periodo delle privatizzazioni delle aziende pubbliche a cavallo tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso: esso consentiva infatti allo Stato di "fare cassa" vendendo sul mercato la maggioranza delle quote di capitale di tali aziende, ma al tempo stesso di mantenerne il pieno controllo riservandosi il diritto *ex* statuto di nominare un certo numero di componenti del consiglio di amministrazione e dell'organo di controllo nonché di designare gli amministratori delegati, soprattutto con riguardo a quelle aziende considerate strategiche per il Paese. Peraltro, da una parte, la scarsa appetibilità sul mercato azionario di società gravate dalla presenza nello statuto di clausole di *golden share*, dall'altra, in particolare, le sentenze di condanna al riguardo emesse dalla Corte di Giustizia Europea, che considera tali clausole di privilegio in evidente violazione dei trattati comunitari in tema di libertà economica e d'impresa, hanno persuaso i governi nazionali a eliminare progressivamente l'uso di tali strumenti sostituendoli con meccanismi maggiormente rispettosi delle regole del libero mercato (cc.dd. *golden powers*, quali ad esempio la previsione di maggioranze rafforzate, poteri di veto e financo di opposizione al trasferimento di partecipazioni qualificate) per garantire la supervisione delle imprese nazionali operanti in settori considerati strategici per il sistema-Paese quali difesa, sicurezza nazionale, energia, trasporti e telecomunicazioni (D.L. n. 21 del 15 marzo 2012; D.L. n. 22 del 25 marzo 2019; D.L. n. 105 del 21 settembre 2019).

forza argomentativa delle obiezioni opposte alla legittimità del controllo tramite clausole statutarie atteso che il Legislatore ha espressamente formalizzato, all'art. 2497-*septies* c.c., la fattispecie dell'etero-direzione societaria di origine contrattuale (qui ovviamente intesa in senso lato). Sul piano dottrinale, peraltro, lo "sdoganamento" di tale forma di controllo appare, a nostro avviso, assai più "discutibile"³⁷ rispetto al contratto di dominazione poc'anzi analizzato, dato che nel caso del controllo tramite clausola statutaria l'influenza dominante viene esercitata non già sull'organo amministrativo della società-atomo ma piuttosto sull'assemblea di quest'ultima, tramite l'assegnazione *ex* statuto al soggetto beneficiario di una prevalenza "legale", e non già numerica, nella nomina degli amministratori (o della maggioranza di essi)³⁸.

3. Osservazioni

Il sistema di norme comunitarie riconducibili alla VII Direttiva CEE e relativo alla specificazione dei legami tra imprese trova origine in un compromesso tra due differenti orientamenti dottrinali: da un lato, il c.d. "principio *istituzionale*", di matrice anglosassone e incentrato sulla nozione di controllo, che è presupposto quando un'impresa dispone della maggioranza dei diritti di voto ovvero ha il diritto di nominare e/o revocare la maggioranza dei membri dell'organo amministrativo, di direzione o di vigilanza di un'altra impresa (art. 1, paragrafo 1, lettere

³⁷ Peraltro, prevalente dottrina al riguardo sostiene risolutamente che «...con la previsione introdotta nell'art. 2497-*septies* c.c. non sembra più revocabile in dubbio la liceità nell'Ordinamento nazionale del potere di esercizio di un'influenza dominante di un'impresa su un'altra impresa in virtù di apposite clausole inserite nello statuto sociale di quest'ultima». G. OLIVIERI, G. STRAMPELLI, *Il bilancio consolidato*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, U. TOMBARI (a cura di), Milano, 2016., 2457.

³⁸ A ben considerare, un riferimento ai contenuti essenziali dello IAS 27 consente di aver riguardo alla nozione di controllo e, quindi, alla identificazione delle circostanze che consentono di qualificare una relazione di partecipazione come "rapporto di controllo", donde l'esigenza di tenere presente la qualificazione del controllo come «il potere di determinare le politiche finanziarie e gestionali di un'entità al fine di ottenere i benefici dalle sue attività». Il passo citato richiede di puntualizzare: I) l'ambito di esercizio del controllo; II) gli obiettivi del controllo; III) i presupposti che consentono di definire la relazione di controllo.

a e b); dall'altro, il c.d. "principio *realista*" ispirato dal diritto societario tedesco, che consente agli Stati membri di ampliare l'area di consolidamento attribuendo prevalenza all'influsso dominante effettivamente esercitato da una direzione unica, a prescindere dalla sussistenza o meno di rapporti di partecipazione.

Il rinvio operato dal Legislatore nazionale ai soli numeri 1) e 2) del primo comma dell'art. 2359 c.c. configura, evidentemente, una nozione di predominio ai fini della redazione del bilancio consolidato essenzialmente ancorata a situazioni di controllo *interno* di diritto e di fatto derivanti dalla *disponibilità* di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria dell'azienda partecipata, cioè sulla base di linee oggettive definite dai rapporti formali di controllo che rappresentano vincoli giuridici obiettivamente rilevabili, e non già sulla base di relazioni *de facto*, pertanto escludendo dal consolidamento i bilanci delle società controllate da un'altra società mediante i particolari vincoli contrattuali di cui al numero 3), primo comma, del medesimo articolo.

La Relazione ministeriale di accompagnamento al citato decreto non spiega i motivi in virtù dei quali l'articolo 26 non considera controllate (escludendole perciò dal perimetro di consolidamento) le imprese assoggettate al controllo di un'altra società esercitato al di fuori dell'assemblea ordinaria (c.d. controllo *esterno*), al riguardo limitandosi a stabilire che «...la sola esistenza di influenza dominante fondata su vincoli contrattuali non è ritenuta sufficiente per giustificare l'inclusione, nei conti consolidati, del patrimonio e dei risultati economici di tali controllate»³⁹. In altre parole, le società controllate su cui viene esercitata un'influenza dominante in virtù di vincoli derivanti da un contratto rimangono estranee alla definizione stessa di gruppo (almeno ai fini del consolidamento dei relativi bilanci), probabilmente a causa del loro essere espressione di comportamenti meramente spontanei e giuridicamente non dovuti dai soggetti interessati⁴⁰.

In definitiva le scelte operate dal Legislatore con il D.Lgs. 127/91 sono riconducibili alla volontà di esprimere una legittima maggioranza,

³⁹ M. PINI, *Principi del nuovo bilancio d'esercizio*, Milano, 1993, 213. L'Autore conclude che «...all'interno della relazione ministeriale, quando ci si riferisce a "tali controllate", si parla di licenziatarie con obbligo di esclusiva, somministranti vincolate all'esclusiva, ecc.».

⁴⁰ G. OLIVIERI, G. STRAMPELLI, *Il Bilancio consolidato*, cit., 670.

di diritto o di fatto, dei diritti di voto in assemblea ordinaria, facendo pertanto riferimento ad una particolare configurazione di gruppo qualificata da un sistema di relazioni di controllo interno tra la capogruppo (tenuta alla redazione del bilancio consolidato a valere per tutte le aziende componenti l'aggregato) e ciascuna impresa-atomo, mentre, come anzidetto, la fattispecie del controllo esterno riveste nei fatti un ruolo tendenzialmente residuale, quando esercitata al di fuori dell'assemblea ordinaria tramite contratti di dominazione o clausole statutarie, oppure è esplicitamente esclusa, quando il controllo è esercitato per effetto dei particolari vincoli contrattuali *ex art. 2359 c.c.*

Se dunque il nucleo di qualsiasi rapporto di controllo è l'*influenza dominante* esercitabile da una società nei confronti di un'altra (pur se tale forma di influenza viene nominata esplicitamente soltanto ai citati punti 2 e 3 del primo comma dell'art. 2359 c.c.), con ciò intendendo genericamente il potere di un'azienda di "imporre" le proprie determinazioni ad un'altra azienda e ai soci che di quest'ultima fanno parte, appare chiaro come la finalità del sistema di norme concernenti la qualificazione del concetto di controllo in tema di bilancio consolidato sia quella di fornire un parametro giuridico quanto più oggettivo possibile ai fini dell'identificazione delle imprese da includere nell'area di consolidamento, non lasciando dunque spazio per una definizione di quest'ultima sulla base di circostanze in cui il coordinamento o la direzione unitaria delle imprese del gruppo non risultino basate su vincoli giuridici obiettivamente rilevabili e di agevole accertamento.