

MARCO SAVERIO SPOLIDORO

## QUESTIONI IN TEMA DI CONTROLLO DI SOCIETÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Relazione tra le diverse definizioni di controllo. – 3. Relazione tra le tre diverse figure di controllo dell'art. 2359 c.c. – 4. Controllo plurimo, controllo disgiunto, controllo congiunto. – 5. Influenza dominante sull'assemblea e sulla società. – 6. Accertamento del controllo di fatto. – 7. Controllo e direzione e coordinamento.

1. *Introduzione.* – In questo contributo discuto sei questioni particolari: quale sia la relazione tra la definizione del controllo contenuta nel codice civile e quelle contenute nelle leggi speciali; quale sia la relazione tra le tre figure di controllo delineate nell'art. 2359; se sia possibile che una società sia sotto il controllo o l'influenza dominante di più società che la esercitano separatamente o congiuntamente; che significhi esercitare un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria; quale sia il criterio di accertamento del controllo di fatto; quale sia infine il rapporto tra controllo di fatto e direzione e coordinamento.

Nel breve tempo concesso non è possibile sviluppare l'argomento come sarebbe necessario per onorare la memoria di Giovanni Emanuele Colombo. Una versione più ampia di questo scritto è in corso di preparazione e, quando sarà pubblicata, sarà anch'essa dedicata alla memoria del Maestro che si onora in questa occasione.

2. *Relazione tra le diverse definizioni di controllo.* – Cominciando dalla prima tesi, intendo sostenere che l'art. 2359 c.c. non è, o forse non è più, la figura (suppletiva) attorno alla quale si devono costruire (in via derogatoria) le figure previste nella legislazione speciale.

Si deve partire dalla constatazione oggettiva che non esiste una sola definizione legislativa di controllo, bensì molte. Di queste, la maggior parte è esplicitamente destinata a valere per un determinato complesso normativo («*ai fini della presente legge*»). Si tratta insomma di definizioni «finalizzate».

Quando le definizioni sono finalizzate, il rapporto con la disciplina è duplice: ovviamente, nell'applicazione della disciplina il termine definito è fungibile con la definizione; meno ovviamente, ma altrettanto sicuramente, si può dire che la stessa definizione debba essere interpretata in modo da renderla congrua alla disciplina, cioè alla *ratio* della stessa. Questa seconda affermazione dipende dalla

circostanza che le definizioni legislative non sono vere *definizioni*, nel senso degli Analitici Secondi di Aristotele (Analitici II, 3, 90b, 30), ma semmai, nel lessico del Filosofo, delle *descrizioni* o *dimostrazioni*. Esse pertanto devono essere lette secondo la figura tipica che il legislatore ha presente nel dettare la disciplina e l'interprete le deve applicare ponendo costantemente davanti a sé le esigenze di cui il legislatore ha tenuto conto nel disciplinare la fattispecie.

Mi chiedo ora: se molte definizioni di società controllata o controllante sono finalizzate, vuol forse dire che lo siano tutte, anche quelle che non sono espressamente finalizzate? A tale domanda occorre rispondere che lo sono tutte.

In particolare, è finalizzata anche la definizione che comunemente si assume essere posta al centro del sistema: quella dell'art. 2359. Indubbiamente, le definizioni particolari fanno quasi invariabilmente riferimento ad essa, sì che si può dare addirittura per certo che il legislatore storico, dettandola, volesse effettivamente descrivere il tipo ideale del controllo di società su società, e anzi che egli volesse probabilmente descrivere la situazione di chiunque – società, ente o persona fisica – fosse in grado di occupare la posizione che, nella disposizione, è riferita alla “società controllante”. Tuttavia, allo stato attuale della legislazione, il legislatore stesso ha mostrato che quella definizione non è più adatta per definire il controllo societario ai fini della disciplina degli emittenti di titoli quotati (art. 93 T.U.I.F.), ai fini del bilancio consolidato (art. 26, d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127), ai fini della legge antitrust e in una gran moltitudine di altre situazioni. La varietà è talmente estesa da rendere problematica la sistematizzazione e fittizia la stessa unità del concetto (tipologico) di controllo.

Si deve pertanto pensare che la stessa definizione dell'art. 2359 debba essere interpretata, in linea di principio, in modo da renderla coerente con la disciplina che le è propria: ma questa conclusione accredita l'ipotesi che, anche là dove le definizioni speciali accolgano parti dell'art. 2359 (escludendone o sostituendone alcune), il significato delle parole inserite nella definizione particolare possa non essere lo stesso che le medesime parole hanno nell'art. 2359.

Nel caso dell'art. 2359, la disciplina più prossima alla definizione (e dunque la più ovvia candidata a costituire il punto di riferimento della definizione stessa) è quella dell'acquisto delle azioni o quote della società controllante da parte della società controllata ed è in questa direzione che si deve principalmente avanzare per saggiare l'ipotesi secondo la quale l'art. 2359 non sia (più) al centro di un sistema coerente di norme, ma si trovi anch'esso alla periferia. Se la conclusione sarà quella che si intuisce (l'art. 2359 è norma periferica e finalizzata quanto le altre), o si rinuncerà a costruire una teoria generale del controllo di società, o sarà necessario porre al centro del sistema un'altra definizione, più adatta dell'art. 2359, meglio (per ovvie ragioni di certezza del diritto) se dettata per via legislativa, sia pure in base all'osservazione della realtà, secondo il metodo tipologico correttamente applicato.

Procedendo quindi nella verifica circa il rapporto tra la definizione dell'art. 2359 e la disciplina degli artt. 2359-*bis* e ss., si incontrano subito alcune difficol-

tà. La prima tra esse è che una verifica della congruità tra definizione e disciplina richiederebbe di regola un chiarimento circa la *ratio* della disciplina. La *ratio* della disciplina dell'acquisto di azioni (o quote) della controllante da parte della controllata è però incerta.

Sicuramente essa non può essere quella di evitare l'elusione delle norme sull'acquisto delle azioni proprie o delle quote proprie. Contro l'elusione delle norme sull'acquisto di azioni proprie, vi è infatti l'estensione diretta degli artt. 2357 e ss. c.c. agli acquisti per interposta persona. Pertanto, agli acquisti della società controllata – se questa agisce come interposta persona – si applica direttamente l'art. 2357, non l'art. 2359-*bis*. Se poi la controllante fosse costituita secondo il tipo sociale della società a responsabilità limitata, applicare la disciplina dell'art. 2359 anche agli acquisti effettuati dalla società controllata interposta significherebbe non già impedire l'elusione del divieto assoluto di acquisto di quote proprie, bensì permettere tale acquisto, sia pure a determinate condizioni.

La *ratio* del complesso normativo costituito dagli artt. 2359 e ss. non è neppure quella (o soltanto quella) di impedire la diluizione patrimoniale dei capitali, perché, in questa prospettiva (cioè nell'ottica del bilancio consolidato e a prescindere dal caso dell'interposizione, non regolato dall'art. 2359, ma dall'art. 2357), sarebbe semmai più sensato stabilire che gli acquisti della controllata incidono sulla disponibilità del patrimonio netto della controllante, e non invece (o non soltanto) sulla disponibilità del patrimonio netto della controllata. In più la disciplina si estende agli acquisti delle società soggette a controllo di fatto esterno, il che è assolutamente incongruo dal punto di vista della tutela dei creditori contro la diluizione del capitale.

La *ratio* più verosimile della disciplina degli acquisti di azioni o quote delle società controllanti da parte delle controllate sta nel fatto che tali acquisti sono spesso pericolosi per la formazione dei prezzi di borsa delle azioni o quote della controllante. Naturalmente, questo è un pericolo concreto solo se esiste o può esistere un mercato secondario di tali valori mobiliari, cioè se i titoli sono quotati in borsa e se il prezzo di essi, che appunto si forma in borsa, è significativo del loro valore.

Anche se non si riflettono sui prezzi delle azioni della società controllante, gli acquisti di azioni o quote della società della società controllata possono tuttavia essere talvolta pericolosi, perché non avvengono tra parti indipendenti. Il legislatore, forse sopravvalutando tale specifico pericolo e senza tener conto del fatto che esso potrebbe essere contenuto da una più efficiente disciplina delle operazioni tra parte correlate, introduce allora delle limitazioni e delle procedure organizzative, che dovrebbero mitigare i rischi che egli intende scongiurare. Lo fa però in modo piuttosto confuso, ponendo regole la cui utilità rispetto al fine è poco chiara, poco spiegabile. Su questo occorrerebbe verosimilmente un intervento del legislatore, ma il vincolo costituito dalla seconda direttiva europea in materia di società – ora rifiuta nella direttiva (UE) 2017/1132 – e la necessità di coinvolgere gli Stati membri rende estremamente difficile che sia in vista una riforma.

Se la prima difficoltà incontrata dalla mia tesi circa la «finalizzazione» anche della definizione dell'art. 2359 consiste nell'incertezza della *ratio* della disciplina cui essa sarebbe finalizzata, la seconda consiste nel rapporto in cui essa si trova con le altre definizioni. Indubbiamente, come ho rilevato, essa è grammaticalmente il perno attorno al quale tutte le altre sono costruite, nel senso che le definizioni particolari fanno indistintamente riferimento all'art. 2359, aggiungendo o togliendo qualche elemento.

Proprio il fatto che le definizioni particolari eliminano qualche connotazione della definizione (asseritamente) centrale di controllo impedisce però di considerare il rapporto tra la definizione centrale e quelle periferiche nei termini di un rapporto tra genere e specie. Nella logica, le definizioni delle specie si caratterizzano perché tutte le note del genere sovraordinato devono essere presenti nelle definizioni di ciascuna delle specie: se ne manca una, si tratta di generi diversi. Per esempio, se i pesci sono caratterizzati dalle branchie, i delfini, che non le hanno, non sono pesci, per quanto condividano con essi molte altre caratteristiche.

Tali difficoltà logiche sembrerebbero superabili con una sintesi, consistente nel predicare la natura residuale della definizione di controllo dettata dall'art. 2359 rispetto a quelle particolari: a essa occorre far capo dove non ce sia un'altra più specifica.

Tuttavia, la definizione dell'art. 2359 vale in ogni contesto secondo le necessità proprie di quel contesto che, in qualche modo, la contamina. Il che significa nuovamente che la definizione dell'art. 2359 non appartiene all'universo delle definizioni categoriche, nelle quali l'intenzione è pari all'estensione, ma alle definizioni tipologiche, in cui l'intenzione è diversa secondo gli ambiti raggiunti dall'estensione. Come i delfini non sono pesci ma, per certi fini, “valgono” come se lo fossero, così il significato del controllo, in particolare “di fatto”, cambia a seconda del contesto in cui se ne parla.

Pertanto la centralità dell'art. 2359 è solo apparente. Essa non dipende dalla sua superiorità tecnica rispetto ad altre possibili definizioni, comprese quelle – alternative o almeno derogatorie – contenute nelle c.d. leggi speciali. Basti pensare all'enigmatica figura del controllo esterno «per particolari vincoli contrattuali» che, non per caso, è regolarmente espunta dalle definizioni particolari, con l'unica e spiegabilissima eccezione dell'art. 7, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (di seguito indicata come «legge antitrust»).

L'apparente centralità dell'art. 2359 tra le diverse definizioni del controllo societario non dipende neppure dalla sua indimostrabile coerenza con un ipotetico concetto *a priori* di «controllo»: ovviamente «controllo» e «controllo societario» non sono entità metafisiche di cui nell'esperienza pratica si possono incontrare solo copie più o meno imperfette, come accade per l'idea platonica di sfera, della quale non vi sono esempi fisici del tutto conformi all'originale. Posto che non vi è un antecedente metafisico del controllo di società, ciascuna definizione, compresa quella dell'art. 2359, deve essere valutata per la sua idoneità funzionale rispetto agli scopi della disciplina di fattispecie che comprendano tra i propri elementi ap-

punto l'accertamento del controllo. In altre parole, la supremazia dell'art. 2359 rispetto ad altre disposizioni che definiscono il controllo di società non può dipendere da una sua pretesa maggior vicinanza all'idea astratta di controllo, ma dalla sua capacità euristica, vale a dire dal contributo che essa dà alla comprensione di singole questioni, all'impostazione della loro discussione e alla costruzione di un'interpretazione risolutiva e sostenibile.

Nulla di tutto ciò, a prima vista, si può affermare riguardo all'art. 2359, come dimostra il fatto stesso della proliferazione delle definizioni speciali di controllo nelle varie leggi alle quali si è fatto riferimento. La centralità della definizione di controllo contenuta nell'art. 2359 è poi difficilmente sostenibile invocando l'importanza della questione pratica in vista della quale essa è indiscutibilmente dettata: ci si riferisce evidentemente al problema dell'acquisto di partecipazioni o di azioni della società (di capitali) controllante da parte della società (di capitali) controllata. Lasciando in disparte le numerose incoerenze e i difetti della disciplina degli artt. 2359-*bis* e ss., l'importanza di evitare l'annacquamento del capitale infatti decresce a fronte dell'obbligo di pubblicare il bilancio consolidato, imposto ormai da decenni alla controllante; per quanto poi riguarda la tutela dei soci esterni della società controllata e in genere dei creditori e dei terzi, la disciplina della responsabilità della controllante che abusi dell'attività di direzione o coordinamento supera di gran lunga in efficienza uno strumento rozzo come la sospensione del voto spettante alle azioni e quote della controllante possedute dalla società controllata; in ogni caso, sarebbe semmai da considerare l'opportunità di rafforzare o migliorare la discipline delle operazioni con parti correlate.

Se poi si allarga lo sguardo, non può passare inosservata l'ambiguità della nozione di «società collegata», che tecnicamente è una società sulla quale un'altra società esercita un'influenza notevole (cioè, palesemente, un'influenza meno intensa dell'influenza dominante), mentre nel linguaggio comune (anche dei giuristi pratici) sono fra loro collegate le società che fanno parte dello stesso gruppo o, addirittura, le società che, tecnicamente, potrebbero definirsi «correlate».

Allo stesso modo è confuso il rapporto fra società controllata e società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di altra società, posto che, secondo l'opinione comune, è possibile che una società controllante non diriga né coordini l'attività di tutte o di alcune delle sue società controllate (mentre è discusso se possa darsi l'ipotesi di società soggette all'altrui attività di direzione e coordinamento che non ne siano a loro volta controllate): pare evidente che, per definizione, l'adesione alla tesi comune impedisce di ricondurre il controllo all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (e secondo cui il controllo societario consiste in qualcosa di meno dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento) pur essendo piuttosto misterioso quale sia il *quid pluris* rispetto al controllo che, per affermare la direzione e coordinamento, sarebbe necessario accertare in fatto. Ancora, si deve notare che moltissime operazioni tra parti correlate o in conflitto d'interessi o soggette agli artt. 2497 c.c. intercorrono fra società controllante e società controllate ma che, all'opposto, tutte le operazioni fra società con-

trollante e controllate sono (a prescindere da quale disciplina sia in concreto da applicare) soggette o all'art. 2391 c.c., o all'art. 2391-bis, o all'art. 2497-ter c.c., o a più disposizioni fra queste. Quali sono dunque i nessi reciproci tra queste nozioni, se non si vuole cadere in una sostanziale indistinzione che confina con l'arbitrio?

Nel complesso, l'unica spiegazione plausibile della perdurante (apparente) centralità della definizione di controllo accolta nell'art. 2359 è di natura storica. Essa è la conseguenza del modo in cui si è venuta formando la legislazione ed è il frutto di adattamenti successivi, determinati dal progressivo stratificarsi di discipline che, a partire dalla primitiva esigenza di tutelare la «sincerità» del capitale, compongono l'attuale normativa sui gruppi di società.

Proprio perché manca un disegno unitario e coerente della disciplina dei gruppi, le definizioni non si coordinano fra loro in modo chiaro e, malgrado il primato apparente dell'art. 2359, lo stesso articolo non contiene una definizione che le altre specificano con connotazioni ulteriori (ed è per questo che il controllo dell'art. 2359 non il *genus* di varie *species*, ma è a sua volta un *Idealtypus* funzionale a una certa politica legislativa).

Tutto ciò premesso, è dubbio se, nelle condizioni sopra descritte, il sistema possa funzionare in modo accettabile o se, al contrario e come io credo necessario, si renda opportuna una chiarificazione legislativa. La chiarificazione è utile nella misura in cui rimuova equivoci e agevoli il pensiero. Gli equivoci non mancano (e sono testimoniati da recenti contenziosi, alcuni dei quali saranno richiamati più avanti). L'agevolazione del pensiero è possibile se il linguaggio legislativo sarà riformulato non già a partire dalla nozione di base, ma dettando la definizione induttivamente, partendo dalle definizioni oggi esistenti e cercando di mettere a punto i reciproci rapporti.

Di una definizione residuale di controllo vi è tuttavia, a mio parere, ancora bisogno, anche se quella attuale è manifestamente insufficiente. Ve ne è bisogno per ragioni essenzialmente pratiche, in particolare perché, per quanto numerose siano le definizioni dettate «ai fini di» una o più leggi speciali, è vano aspirare a raggiungere la c.d. «completezza». A ciò si aggiunga che l'esistenza di una definizione normativa, con caratteri residuali, agevola anche la redazione degli atti di autonomia privata in cui si voglia o debba far riferimento al controllo. Immaginiamo ad esempio che nello statuto di una società, o in un contratto di licenza o di somministrazione, sia inclusa una clausola che preveda determinate conseguenze nel caso di cambiamento del controllo (c.d. *change of control clause*) e che, nel contesto, non sia specificata la definizione di «controllo». La risposta di chi affermasse che in tal caso si deve ricorrere al comma 1 dell'art. 2359 c.c. sarebbe a mio parere affrettata. Non è detto infatti che le parti abbiano voluto includere il controllo derivante da particolari vincoli contrattuali o escludere il controllo derivante da patti parasociali (e che comunque abbiano avuto riguardo alle definizioni di cui all'art. 26, d.lgs. 127/1991 o art. 93 T.U.I.F.) o l'influenza «determinate» di cui si tratta nell'art. 7 legge antitrust: evidentemente si tratta di una questione

d'interpretazione contrattuale<sup>1</sup> che sarebbe però semplificata se si potesse far capo a una figura residuale di controllo meno inadatta di quella contenuta nell'attuale art. 2359.

Le stesse considerazioni – svolte qui sopra prendendo ad esempio l'importanza di un riferimento autorevole per l'interpretazione degli statuti societari e dei contratti – valgono anche per la legge, come illustra la discussa interpretazione del concetto di «società collegata» ai fini dell'art. 43, comma 11, d.lgs. 177/2005 (Testo unico dei servizi media, audiovisivi e radiofonici, di seguito “TUSMAR”) nella vicenda Vivendi – Mediaset, decisa dall'AGCOM con delibera 178/17/CONS pubblicata il 18 aprile 2017<sup>2</sup>.

Riconosciuta l'opportunità di un intervento legislativo, sono tuttavia persuaso che si debbano evitare innovazioni rivoluzionarie: basterebbe infatti operare soprattutto nel senso di una semplificazione dell'art. 2359 c.c., in cui, come si dirà subito, sarebbe forse utile chiarire il rapporto tra controllo di diritto e di fatto ed eliminare la parte relativa al controllo esterno, spostando inoltre la nozione di «società collegata» al complesso normativo del bilancio.

3. *Relazione tra le tre diverse figure di controllo dell'art. 2359 c.c.* – Controllo di diritto, controllo di fatto e controllo esterno sono manifestamente tre tipi diversi di controllo, riuniti nell'art. 2359, i cui rapporti reciproci, non precisati direttamente dal legislatore, si prestano a interpretazioni fuorvianti. Il controllo indiretto non è invece un tipo autonomo di controllo, ma un modo in cui (soltanto) il controllo interno, di diritto o di fatto, si può manifestare.

Si dice che il controllo di fatto sarebbe un controllo dello stesso tipo del controllo di diritto e che ambedue si oppongano al controllo esterno. Io sostengo invece che il controllo interno di fatto stia tra l'incudine e il martello: il martello è il controllo di diritto, l'incudine è il controllo esterno di fatto. Vediamo in che senso.

Mi pongo la questione di quale sia la relazione reciproca tra le varie figure di controllo: in particolare se il controllo interno di fatto debba dare a chi lo ha lo stesso tipo di potere di cui dispone colui che ha il controllo di diritto, come ritiene l'opinione prevalente; oppure, in alternativa, se il controllo interno di fatto conferisca lo stesso tipo di potere che caratterizza il controllo esterno di fatto; ovvero, terza ipotesi, se tutte e tre le figure di controllo previste nell'art. 2359 c.c. siano da ricondurre al potere di chi può esercitare un'influenza dominante sulla gestione di una società.

Il dato normativo è suggestivo: premesso che lessicalmente il «controllo» è un potere che postula una asimmetria tra controllante, in posizione sovraordinata, e controllato, soggetto al potere del controllante, del controllo interno di diritto si

---

<sup>1</sup> Cfr. Trib. Milano, 24 luglio 2018, ordinanza, *Investimenti Radiologia s.r.l. c. Villa Sistemi Medici s.p.a.*, in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

<sup>2</sup> In tema v. G. GUIZZI, *Gli incerti confini del “collegamento societario”: L'AGCOM e il caso Vivendi/Mediaset*, in *Corr. giur.*, 2017, 1033 ss.

dice solo la fonte, ma non si descrive in alcun modo di quale tipo di potere il controllante disponga. Solo indirettamente si può estrapolare dal testo che, avendo la disponibilità della maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria, la società controllante possa, se lo voglia, imporre unilateralmente la sua volontà in relazione a tutte le decisioni che l'assemblea può adottare, salvo che – in generale o per singoli oggetti di deliberazione – siano previsti quorum più elevati o che per certe materie, normalmente ma non necessariamente di competenza dell'assemblea ordinaria, sia competente un altro soggetto, per esempio un socio di s.r.l. cui spettano poteri speciali.

La Corte di Cassazione dice che il controllo di diritto darebbe luogo a una presunzione assoluta di influenza dominante<sup>3</sup>. Così statuendo, la Corte ha in realtà affermato che è irrilevante l'accertamento circa il «se» il controllante di diritto abbia o no un potere corrispondente all'influenza dominante: egli sarebbe infatti *il* (o forse *un*: ma questo sarà oggetto di altri ragionamenti, qui sotto) «socio di controllo» anche se ci fosse qualcun altro che, nei confronti dell'assemblea ordinaria o della società, disponesse di un'influenza maggiore.

L'insegnamento della Cassazione circa la natura assoluta della presunzione di controllo nell'ipotesi del controllo interno di diritto è comunque improprio: sia nel metodo sia nel merito. È improprio nel metodo, perché le presunzioni assolute non esistono come presunzioni; è improprio anche nel merito, perché non è affatto sicuro che, applicando la definizione di controllo fuori del campo dell'art. 2359 (ove, per la pluralità delle finalità sottostanti alla disciplina, è plausibile che il controllante di diritto possa sottrarsi alla disciplina perché esiste qualcuno più influente di lui), sia necessario formulare la medesima conclusione. È una questione interessante, alla quale ho già fatto cenno, ma della quale non posso occuparmi in questa sede.

La posizione da ultimo assunta dalla Corte di Cassazione porta in ogni caso ad escludere che il controllo di diritto debba avere il carattere della stabilità o che debba essere esistito, al momento in cui viene rilevato per la prima volta, da un certo periodo di tempo, non avendo inoltre alcuna importanza il comportamento, attivo o inerte, che la società in possesso della maggioranza dei voti mantenga nei riguardi delle assemblee ordinarie, con specifico riguardo alla sua partecipazione all'elezione di uno o più degli amministratori (e si ricordi che possono essere controllate anche le società in accomandita per azioni, i cui amministratori possono detenere partecipazioni minoritarie o minime), all'approvazione del bilancio e alle deliberazioni sull'impiego degli utili. Inoltre, come già accennato e come si dirà meglio al termine di questo lavoro, il controllo di diritto non ha direttamente a che fare con l'attività di direzione e coordinamento, anche se l'accertamento o il riconoscimento del primo fa presumere (legalmente) l'esercizio della seconda, salvo

---

<sup>3</sup> Cass. 3 maggio 2017, n. 10726, in una fattispecie in cui il ricorrente chiedeva di essere assolto da una sanzione amministrativa irrogatagli dalla Consob per aver omesso la comunicazione di certe operazioni sulle azioni di un emittente quotato.



prova del contrario. Non vale peraltro la reciproca, perché l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, non è causa di una presunzione legale di controllo (che non è prevista), ma tutt'al più di una presunzione semplice, *praesumptio hominis*, per la cui affermazione, secondo alcuni, sarebbe peraltro necessaria una pluralità d'indizi, mentre altri si accontentano anche di un solo indizio non contraddetto da altri indizi di ugual valore.

Si apre inoltre la porta alla questione, che affronterò brevemente in questo scritto, se nell'art. 2359, comma 1, sia concepibile che più società controllino, in maniera diversa, la stessa società: se, cioè, sia per esempio possibile che la società Alfa sia controllata di diritto da Beta, ma di fatto da Gamma, trovandosi allo stesso tempo sotto l'influenza dominante di Delta a causa di particolari vincoli contrattuali. Collegata a tale questione è anche quella, non coincidente, se nel caso del controllo a catena, o tramite interposizione, le società intermediarie o interposte che controllino di diritto una società controllata possano comunque considerarsi controllanti, o se il controllo spetti soltanto alla società che a sua volta le controlla, di fatto o di diritto: anche di ciò converrà occuparsi più avanti.

Tema d'indagine diverso è se il controllo di diritto possa appartenere a più società, al di là del caso in cui le azioni che danno la maggioranza dei voti esprimibili nell'assemblea ordinaria siano oggetto di comunione fra più società. Nel caso della comunione, il controllo congiunto dei comunisti sembra innegabile, quanto meno se si parla di controllo di diritto, mentre il predominio di uno dei comunisti sugli altri potrà rilevare dal punto di vista del (suo) controllo di fatto. Differente è il caso in cui il controllo di diritto spetti a una società holding, cui partecipano più società: qui la società controllante di diritto è solo la società holding, salva la possibilità di individuare un controllo di fatto di una (o più, se si ammette il controllo di fatto congiunto) delle società che ne sono socie.

Ancora diversa è la fattispecie in cui il controllo di diritto sia riferito a più società che abbiano stretto tra loro un patto parasociale: lasciata da parte l'ipotesi in cui il patto attribuisca a una sola delle società contraenti la disponibilità dei voti delle altre (in cui è in questione solo se la nozione di «disponibilità» cui si riferisce il n. 1 del comma 1 dell'art. 2359 c.c. possa essere estesa fino a ricomprendere questo caso, o se invece, come sembra più plausibile, si debba far ricorso al n. 2 dello stesso comma, cioè al controllo di fatto), occorre tener presente che la formulazione letterale della disposizione («sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone ...») sembrerebbe respingere al di fuori dei confini della fattispecie del controllo di diritto il controllo congiunto. D'altra parte, la varietà delle configurazioni dei patti parasociali è tale da costringere gli interpreti a interrogarsi su come tener conto, nelle loro analisi, di queste eterogenee configurazioni: analisi che, in questa sede e per ragioni di spazio non sarà neppure tentata.

In conclusione, una società può essere controllante di diritto di un'altra società senza avere un'influenza dominante sull'assemblea di quest'ultima, esattamente come afferma la Corte di Cassazione nella sentenza n. 10726 del 2017.

Esamino ora la tesi secondo cui il controllo interno di fatto e quello di diritto sarebbero almeno omogenei, nel senso che il controllo di fatto interno dovrebbe avere all'incirca le stesse caratteristiche del controllo interno di diritto, quanto meno nel senso che la società controllante di fatto dovrebbe avere suppergiù gli stessi poteri che normalmente competono a chi detenga la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di una società il cui statuto non contenga regole speciali riguardo ai quorum e non accordi poteri speciali a singoli soci. Queste osservazioni sono condivisibili a livello di intuizione, ma restano punti di discontinuità tali per cui la differenza tra controllo interno di diritto e di fatto è talmente grande da impedire che le due figure appartengano a uno stesso genere di controllo.

In particolare, si è visto che può essere controllante di diritto una società che, pur avendo la maggioranza dei voti che possono esercitarsi nell'assemblea ordinaria, non può esercitare su di essa un'influenza dominante. Invece, l'influenza dominante è elemento essenziale del controllo interno di fatto.

Sia del controllo di fatto interno, sia di quello esterno tramite vincoli contrattuali, l'art. 2359 dice invece che il controllo consiste in una influenza dominante: ma nel caso del controllo di fatto esterno, l'influenza dominante è riferita alla società, senza intermedi, e si dice che essa deriva da vincoli contrattuali; nel caso del controllo di fatto interno, l'influenza dominante deriva da azioni o quote possedute e si esercita non sulla società, ma sull'assemblea ordinaria.

Pertanto, tra la definizione del controllo interno di fatto e quella del controllo esterno di fatto c'è un elemento comune, l'influenza dominante, e due differenze: da un lato, la fonte del controllo e, dall'altro lato, chi è soggetto al controllo. La mia tesi è che queste differenze rendono il controllo interno di fatto e il controllo esterno di fatto due generi di controllo diversi, e non due specie del controllo di fatto.

La tesi è condivisa dalla opinione comune, ma sulla base di argomentazioni confuse e insufficienti. La massima preoccupazione degli interpreti, e specialmente della giurisprudenza, è infatti comunemente quella di impedire che la definizione di controllo esterno di fatto si allarghi fino a comprendere situazioni di mera dipendenza economica. La nozione stessa di dipendenza economica è disturbante, tanto è vero che alcuni (ma non la Corte di Cassazione) hanno fatto di tutto per boicottare perfino la disciplina dettata *ad hoc* per contrastarne gli abusi.

Una sentenza abbastanza recente del Tribunale di Roma<sup>4</sup> ha fatto il punto sulla

---

<sup>4</sup>Trib. Roma, 13 giugno 2016, Pres. Mannino, Est. Romano, F.to Tris s.a.s. di Loredana Palmieri e altri c. Interni Auto S.r.l. in liquid.; Automotive Seat Covers S.p.A., FCA Italy S.p.A. e altri; nel caso di specie la domanda delle parti attrici (di accertamento della sussistenza della dipendenza economica e quindi del controllo esterno e quindi della presunzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.) è stata respinta con il seguente ragionamento: non è idonea «per unanime dottrina la sola dipendenza economica a dare luogo ad una situazione di controllo in senso giuridico»; ma poi alquanto incongruamente, almeno ad avviso di chi scrive, si precisa che «rilevante quale controllo esterno non è qualsiasi contratto cui consegua un'influenza dominante, ma solo quei con-

materia: dopo aver affermato che, in via generale, «la specificità del controllo esterno si coglie in relazione al suo essere un controllo che non si realizza all'interno dell'assemblea (come invece avviene nel controllo interno, art. 2359, primo comma, nn. 1 e 2 c.c.)», il Tribunale prosegue osservando che «Si tratta, dunque di un condizionamento oggettivo ed esterno dell'attività sociale, che sussiste indipendentemente da chi nomina e può revocare gli amministratori, essendo l'attività economica stessa, in quanto tale, ad essere condizionata dalla relazione di controllo». In conclusione «mentre, infatti, nel controllo interno l'operato degli amministratori è indirettamente condizionato da chi ha il potere di nominarli, rinnovarli in carica o revocarli, nel controllo esterno l'operato degli amministratori è influenzato indirettamente e fattualmente da vincoli contrattuali che sono "particolari" in quanto idonei ad attribuire ad un'altra impresa poteri legittimi di condizionamento indiretto dell'operato degli amministratori della controllata esterna. A differenza del controllo interno, quello esterno deve essere effettivo»<sup>5</sup>.

Pare evidente che la già esangue figura del controllo «derivante da particolari vincoli contrattuali», caratterizzata in termini talmente esigenti e restrittivi, evapora e perde significato. In realtà il Tribunale si inserisce nella corrente della tradizione, sia quando esclude che possano generare «controllo» contratti che abbiano per oggetto appunto la sottomissione di una società all'influenza dominante di un'altra società (tali contratti, pienamente ammissibili in Germania, non lo sarebbero in Italia, e d'altronde sono regolati in Germania da regole specifiche, assenti nel nostro ordinamento), sia allorché assume che il controllo esterno possa derivare solo da contratti almeno socialmente tipizzati (quali gli accordi di licenza di brevetto) allorché ne derivi, occorre aggiungere eccezionalmente, una situazione

---

tratti che, in virtù delle loro peculiarità – di ordine economico, ma soprattutto giuridiche, anche se non necessariamente limitate alle condizioni obiettivate in clausole del contratto – lascino pronosticare la dipendenza di una società verso la sua controparte contrattuale. Quanto al novero dei contratti dai quali può scaturire un controllo esterno si fa tradizionalmente riferimento a contratti di somministrazione, di agenzia, di commissione, di licenza di brevetto o di *know-how*, soprattutto ove accompagnati da un vincolo di esclusiva, contratti la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentano la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata (Trib. Milano, 28 aprile 1994, il quale ha, però, precisato che non può essere ravvisato controllo esterno quando le società asseritamente controllate, per la loro struttura e dimensioni, non siano state nell'impossibilità concreta di instaurare identici, analoghi, o diversi rapporti imprenditoriali con altre società licenzianti o con altri operatori nel medesimo settore; detta decisione è stata poi confermata da Cass., 27 settembre 2001, n. 12094 secondo la quale la configurabilità del controllo esterno di una società su di un'altra postula la esistenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata, l'accertamento dei quali è riservato al giudice di merito). Mi pare evidente che manchi, in tutto ciò, una spiegazione articolata dei motivi per cui un contratto di licenza esclusiva di brevetto dia "tipicamente" luogo a influenza dominante, ma giammai a dipendenza economica (come, del resto, non si capirebbe perché da alcuni contratti, che, ahimè, non hanno avuto il beneficio di essere citati in qualche manuale di diritto societario, possa derivare addirittura una dipendenza economica, tuttavia irriducibile alla influenza dominante).

<sup>5</sup> Trib. Roma, 13 giugno 2016, cit.

non già di semplice «dipendenza economica», bensì di perdita assoluta di autonomia. Riguardo a ciò, non è superfluo osservare che nulla di ciò è espressamente detto nella lettera della legge: non che sono nulli o sempre immeritevoli di tutela i contratti che abbiano per oggetto il controllo esterno, non che i contratti che abbiano tale effetto siano un numero chiuso, non che essi possano consistere solo di accordi formali (contrapposti alle relazioni contrattuali non formalizzate ancorché stabiliti e persistenti) e neppure che l'influenza dominante derivante da particolari vincoli contrattuali fra società controllata e controllante debba essere più intensa della dipendenza economica, tanto più che non si conoscono i gradi di tale intensità né è mai stato spiegato, sul piano ontologico, quale possa essere la differenza tra le due nozioni di dipendenza economica e di influenza dominante sulla società.

Si può comunque constatare che, se la dipendenza economica è sicuramente una situazione in cui una società esercita su altra società un'influenza dominante, per la comune opinione neppure l'esercizio attuale di questa specie di influenza dominante (e quindi l'assoggettamento a essa) sarebbe sufficiente per soddisfare la definizione di società controllata. Sta di fatto che l'opinione comune non spiega perché per l'accertamento del controllo esterno di fatto sarebbe necessaria un'influenza dominante più intensa di quella richiesta per il controllo di fatto interno, sicché le differenze tra i due tipi di controllo interno si presentano come conseguenza di un'interpretazione restrittiva della nozione di controllo da vincoli contrattuali e non di una riflessione sul rapporto tra le due definizioni, che pure sono ambedue centrate sul concetto di influenza dominante.

In termini formali, l'opinione comune non spiega insomma perché, una volta richiesta una straordinaria intensità dell'influenza dominante per riconoscere il controllo esterno, non sia richiesta un'influenza dominante altrettanto intensa per il controllo interno di fatto. Occorre quindi superare questa omissione.

Si può partire ricordando che la contrapposizione tra controllo di fatto interno e controllo di fatto esterno, quanto a tipo d'influenza dominante, ha un seppur tenue fondamento letterale nel fatto che il primo sia testualmente riferito all'assemblea ordinaria, mentre il secondo alla società. Questo fondamento di natura letterale permette di caratterizzare il controllo interno di fatto mediante un riferimento al tipo di influenza che, normalmente, possiede chi abbia da solo la maggioranza dei voti che possono essere espressi nell'assemblea ordinaria, lasciando da parte il riferimento al predominio sulla gestione della società, che sembra essere l'elemento caratterizzante del controllo esterno. È vero che, come si è visto, ai fini del concetto di controllo di diritto l'accertamento dell'influenza dominante non ha alcun ruolo; ma ciò non impedisce di constatare che il socio che dispone della maggioranza dei voti che possono essere esercitati in assemblea ha di regola un certo tipo di influenza (anche se in casi particolari non la esercita o non può esercitarla) ed è a quella influenza «tipica» del socio che dispone della maggioranza «assoluta» dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria che occorre far riferimento per stabilire se il socio di maggioranza relativa controlla la società, non a quella che è

richiesta per accertare una situazione di controllo di fatto esterno, derivante da vincoli contrattuali.

Deviando a questo punto (sia pur brevemente) dal discorso principale, sia concesso cogliere l'occasione per osservare che il destino non felice della nozione di controllo esterno (o da vincoli contrattuali) dovrebbe indurre a chiedersi se abbia senso conservare tale abnorme figura, o almeno di conservarla così com'è stata ormai definitivamente disegnata dagli interpreti. Sarebbe opportuno sostituirla con qualche cosa di meno eccezionalmente mostruoso. Il suggerimento minimo per una futura risistemazione e razionalizzazione della materia è di ispirarsi alla nozione, collaudata del resto nella legislazione speciale in materia di bilancio consolidato e di emittenti sui mercati mobiliari, di controllo solitario da patto parasociale (che peraltro può essere già compresa in quella di controllo di fatto interno). Ove lo si ritenga opportuno, si potrebbe però espressamente includere nella definizione dell'art. 2359 la discussa fattispecie del controllo congiunto da patto parasociale, e ancora, andando oltre, le figure del controllo contrattuale nei gruppi paritetici e addirittura gli *Unternehmensverträge* del *Konzernrecht* tedesco. Data la *ratio* proteiforme degli artt. 2359 e ss. c.c., forse alcuni di questi sviluppi sarebbero opportuni.

In conclusione: le tre figure di controllo sono tra loro differenti e non sono riducibili a un genere comune. Vediamo ora alcuni corollari delle conclusioni raggiunte.

4. *Controllo plurimo, controllo disgiunto, controllo congiunto.* – Un primo corollario è che è possibile che la stessa società sia controllata, in modo diverso da più società: vi può essere una controllante di diritto e una controllante di fatto, specie in virtù di particolari disposizioni statutarie, ma anche per speciali vincoli contrattuali. Allo stesso modo ci possono essere più controllanti di fatto, una in posizione di controllo interno e una in posizione di controllo esterno.

Del resto, che una società possa essere oggetto di più situazioni di controllo distinte fra loro è da ammettere in termini ampi. Alfa può essere controllata di diritto di Beta, e essere controllata di diritto da Gamma, che controlla Beta; tuttavia, se Delta avesse un'influenza dominante su Alfa in virtù di particolari vincoli contrattuali, Alfa sarebbe controllata anche da Delta.

A maggior ragione, nel caso del controllo a catena (o indiretto) è società controllante di diritto o di fatto (secondo i casi) la società in cima alla catena che controlla la maggioranza dei diritti di voto nella società controllata al termine della catena tramite partecipazioni dirette o partecipazioni di proprie società controllate intermedie; ma può essere controllante anche la società intermedia, se possiede nella controllata al termine della catena una partecipazione che le attribuisce la maggioranza dei diritti di voto esprimibili nell'assemblea della società controllata alla fine della catena. Una soluzione diversa sarebbe incongrua rispetto alle finalità (pur non limpide, come si è notato sopra) della disciplina dell'art. 2359-*bis* e ss., poiché, quali che siano le finalità che il legislatore intende perseguire con tale

disciplina, esonerare la controllante intermedia dai vincoli oneri e obblighi in essa previsti lascerebbe una vistosa lacuna nella tutela stabilita dalla legge di quegli interessi che, in sia pur confusa combinazione tra loro, sono presi in considerazione dalla legge.

L'eventualità che una società sia assoggettata a controlli plurimi non comporta che sia generalmente ammessa la figura del controllo congiunto. Del tutto eccezionale nel caso del controllo interno di diritto (vedi sopra), la figura del controllo congiunto è talvolta espressamente esclusa dalle definizioni di controllo nelle leggi speciali, mentre altre volte è da esse espressamente considerata come rilevante: per esempio, nell'art. 2341-*bis* c.c., al comma 1, lett. (c), si prevede che rientrino tra i patti parasociali «i patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società, hanno ad oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società».

Nei casi in cui nulla è detto, in linea di massima si deve preferire la tesi del controllo solitario, perché essa rispetta più da vicino la struttura grammaticale della fattispecie del controllo di diritto e è più coerente con il significato lessicale ordinario dell'aggettivo «dominante», che qualifica l'influenza della controllante. Tuttavia, resta sempre intatta la possibilità di argomentare la tesi favorevole al controllo congiunto in base alle specifiche caratteristiche della fattispecie e/o alla *ratio* della disciplina. In particolare occorre sempre confrontarsi con la *ratio* della norma, alla cui individuazione naturalmente contribuisce talvolta anche la disciplina.

Da tale punto di vista (e prendendo ad esempio gli artt. 2359-*bis* e ss.), la tutela del capitale contro l'annacquamento e la sospensione del voto spettante alla controllata nell'assemblea della controllante di fatto sembrerebbero misure ragionevoli anche nel caso del controllo congiunto: controllo che, al pari del controllo interno di fatto solitario è bensì minoritario, diversamente dal controllo di diritto, ma non è per questo inidoneo ad influenzare la gestione della società anche in modo così intenso da meritarsi, a questi specifici fini, la qualificazione di «dominante». Però, se si guarda alle norme sul bilancio consolidato, è da preferire la soluzione opposta, perché il caso del controllo congiunto è poco coerente con le finalità della disciplina e del resto l'art. 26, d.lgs. 127/1991 mostra chiaramente che, nel caso del patto parasociale, controlla ai fini della disciplina per cui è rilevante la disposizione solo chi ha il controllo di fatto solitario della società o impresa da consolidare.

5. *Influenza dominante sull'assemblea e sulla società.* – Un ulteriore corollario della conclusione principale è che il socio che, secondo lo statuto legale delle società, avesse la maggioranza necessaria per assumere una qualsiasi deliberazione dell'assemblea ordinaria sarebbe controllante di diritto, non già di fatto, anche se lo statuto prevedesse deroghe per alcune deliberazioni e perfino se le deliberazioni che richiedessero un quorum più elevato (e superiore al numero di voti di cui dispone il socio in questione) fossero preponderanti per numero e importanza rispetto a quelle che egli può assumere da solo. Infatti, secondo la sostanza della sentenza della Corte di Cassazione n. 10726/2017, più volte citata, la fattispecie

del controllo (interno) di diritto prescinde *in toto* dall'esercizio dell'influenza dominante sull'assemblea della società controllata.

Per quanto invece riguarda il controllo interno di fatto, siccome occorre realmente disporre di un'influenza dominante sull'assemblea, bisogna chiedersi se tale influenza spetti solamente a chi possa *sempre* adottare *da solo* qualsiasi deliberazione di competenza dell'assemblea ordinaria, poiché gli altri soci non sono in grado di fatto di opporsi; ovvero se, in caso di quorum differenti, ai fini del controllo possa essere dotato di un'influenza dominante chi possa deliberare da solo *in certe materie ma non in altre*.

La risposta intuitiva, che sembra condivisibile, è che una società controlla di fatto un'altra società se, sempre in concreto, può adottare senza il concorso di altri soci le deliberazioni più importanti di competenza dell'assemblea ordinaria; pertanto, la società non cesserebbe di essere controllante anche se alcune deliberazioni, meno importanti, richiedessero maggioranze più elevate che, in sostanza, richiedessero il voto favorevole di altri soci.

Naturalmente, occorre a questo punto stabilire quali siano le deliberazioni più importanti. La questione è delicata. Per ragioni di tempo mi accontento di esprimere la mia opinione riguardo al caso in cui l'art. 2359 sia invocato nella sua *sedes materiae*, cioè con riferimento alla disciplina degli artt. 2359-bis, ter, quater e quinques c.c.: il socio che sia di fatto in posizione di controllo, per essere tale, deve trovarsi nella posizione di poter adottare da solo (o anche congiuntamente, per le ragioni indicate a fine del paragrafo 4) o le delibere che attengono alla nomina della maggioranza dei membri dell'organo gestionale o quelle relative all'approvazione del bilancio e alla destinazione degli utili.

In questa occasione, per ragioni di tempo, non posso motivare approfonditamente la mia opinione: dico solo che essa differisce da quella secondo cui il controllo consiste nel poter nominare gli amministratori della società in primo luogo perché rende esplicito un dettaglio molto spesso trascurato: vale a dire che, anche qualora sia impossibile che un solo socio possa nominare tutti gli amministratori della società partecipata, vi può essere lo stesso il controllo se, di fatto, la nomina della maggioranza degli amministratori sia nelle mani di un solo socio, come avviene in particolare per le società che, nei loro statuti, prevedano il voto di lista o comunque la rappresentanza delle minoranze nel consiglio di amministrazione. Inoltre, la mia tesi porta a riconoscere che può esservi controllo di fatto anche quando lo statuto sociale preveda meccanismi tali da attribuire a un socio la nomina della maggior parte dei componenti del consiglio di amministrazione, o perfino di tutti, perché il fatto che un socio di maggioranza, in virtù delle azioni possedute e dei voti che ha disposizione, per esempio in forza di un patto parasociale, abbia di fatto la possibilità di approvare o respingere il progetto di bilancio e destinare gli utili aumenta il rischio che alla decisione di acquistare azioni o quote della controllante da parte della controllata presenti i rischi che il legislatore dettando gli articoli citati, intende seppur confusamente contenere o evitare.

La tesi che ho appena enunciato vale per il caso in cui l'accertamento dell'esi-

stenza del controllo di fatto sia necessario ai fini della disciplina dell'acquisto delle azioni o quote della controllante da parte della società controllata. Essa invece non vale necessariamente dove l'art. 2359 sia richiamato da una definizione di controllo finalizzata a scopi diversi, dettata da una disposizione speciale o quando la definizione di controllo dettata dall'art. 2359 entri in gioco per la sua natura residuale. Anche quando la definizione dettata dalla legge speciale faccia un espresso rinvio all'art. 2359, occorre comunque verificare che l'interpretazione della definizione sia coerente con la disciplina particolare. Infatti il controllo societario non è un concetto metafisico dato *a priori*, ma una nozione tipologica utile a certi scopi.

Ancora da indagare è la questione (su cui influisce la discussa riforma dell'amministrazione delle s.r.l. ad opera della nuova legge sulle procedure di risoluzione delle crisi d'impresa) se, nelle società a responsabilità limitata, nelle quali l'assemblea ordinaria può deliberare su materie gestionali con maggiore ampiezza che nelle società per azioni, le deliberazioni dell'assemblea da ritenere rilevanti nell'ambito della definizione del controllo interno di fatto siano diverse da quelle indicate poc'anzi. In linea di massima, per ragioni di semplicità e certezza del diritto, sarei tuttavia orientato a ritenere che non vi debbano essere differenze tra s.r.l. e società azionarie nella definizione del controllo.

6. *Accertamento del controllo di fatto.* – Affronto ora il penultimo tema della mia relazione, quello del criterio di accertamento del controllo di fatto. La sussistenza in un controllo interno di fatto deve essere accertata sulla base di fatti: tale conclusione è pacifica e sembra vera per definizione, poiché non si vede come una situazione di fatto possa essere accertata sulla base di un giudizio *a priori*.

Vi è quindi nuovamente da tener conto della contrapposizione tra controllo di diritto e controllo di fatto. A seguire la Corte di Cassazione, l'accertamento del controllo di diritto è oggettivamente e puntualmente determinato dal concomitante verificarsi delle circostanze che portano all'attribuzione ad una determinata società della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria. Al contrario, l'accertamento del controllo di fatto interno richiede due requisiti interconnessi: stabilità e osservabilità storica, vale a dire che nel controllo interno di fatto (poiché il controllo di fatto può esser perduto ed è contendibile, mentre non è contendibile e non può esser perso, se non volontariamente, il controllo di diritto) la continuità in futuro del controllo è desunta da una previsione basata sull'osservazione del passato. Ovviamente è possibile, tramite un procedimento di astrazione, raggiungere una (apparente) unità concettuale: resta il fatto che il tema della stabilità del controllo non ha alcuna importanza per il controllo di diritto (inteso come vuole la Corte di Cassazione), mentre sembra cruciale per il controllo interno di fatto. Lo stesso rilievo può d'altronde esser ripetuto per gli indici «storici» idonei a dimostrare l'esistenza dell'influenza dominante: irrilevanti per il controllo di diritto, indispensabili per il controllo interno di fatto.

Non sorprende che sulla stabilità e osservabilità storica del controllo di fatto si sia accesa una discussione, non soltanto teorica. L'aspetto pratico della questione



ha coinvolto un'importante società quotata italiana, Telecom Italia S.p.A. (di seguito "TIM") e la società Vivendi S.A. che di essa era (ed è) l'azionista di maggioranza relativa: in tale occasione la Consob è giunta alla conclusione che Vivendi S.A. esercitasse «il controllo di fatto su TIM ai sensi dell'art. 2359 c.c. e ai sensi dell'art. 93 TUF, nonché ai sensi della disciplina [sulle] parti correlate»<sup>6</sup>. Degno di nota è il fatto che la Consob abbia raggiunto tale conclusione in relazione a tre distinti complessi normativi, sulla base di un ragionamento condotto distintamente per il n. 2 dell'art. 2359, comma 1, e l'art. 93 TUF, da un lato, e per la disciplina delle operazioni con parti correlate, dall'altro lato; tuttavia, a uno sguardo complessivo, sembra piuttosto plausibile l'ipotesi che la Commissione abbia tenuto presente non solo i suoi precedenti (ampiamente citati), ma anche la dottrina più propensa a costruire un concetto generale di controllo a dispetto della molteplicità delle definizioni.

Al di là delle argomentazioni addotte dalla Consob, certamente si vede sullo sfondo la dottrina secondo cui non sarebbe da escludere che, «guardando alla fattispecie del controllo c.d. di fatto, il vigente art. 2359, 1° comma, c.c. possa e debba essere interpretato nel senso di una sua applicazione a ogni *riscontrata effettiva situazione* nella quale, in forza di poteri diritti fatti e/o circostanze, un socio o più soci congiuntamente risulti/risultino titolare/i di un *potere di concretamente determinare (orientando, condizionando, influenzando i relativi processi ed esiti decisionali: nel senso di potere di coagulare il consenso) le scelte gestionali della società, goda/no ovvero meno egli/essi di un'influenza dominante c.d. di fatto sull'assemblea ordinaria*»<sup>7</sup>. A tali conclusioni la dottrina richiamata è pervenuta essenzialmente non solo sulla base della (discussa) equiparabilità dell'influenza dominante nell'assemblea all'influenza dominante sulla società, ma anche sulla base di ulteriori considerazioni, che muovono dall'esigenza di orientare l'interpretazione alla luce delle *rationes* di tutela sottostanti alle discipline nella quali si applica la nozione codicistica di controllo, per poi procedere nel senso di aprire quest'ultima nozione «all'influsso di nozioni di controllo di derivazione comunitaria del tutto pertinenti con tali fini»<sup>8</sup>. Ciò che merita particolare attenzione in questa sede non sono però le argomentazioni giuridiche appena ricordate, sulle quali del resto ci si è già in precedenza intrattenuti, bensì l'accento che la dottrina appena richiamata ha posto sulle conseguenze dell'adozione del punto di vista da essa difeso in tema di origine del controllo, di gradazione della sua intensità e di prova della sua esistenza. Infatti è chiaro che, una volta costruita la figura

<sup>6</sup> Consob, Comunicazione n. 01063431 del 13 settembre 2017.

<sup>7</sup> V. CARIELLO, *Tra non controllo e controllo: sul mimetismo e sull'occultamento del controllo c.d. di fatto*, in *Riv. dir. societ.*, 2017, p. 34, al quale vanno riferite le ulteriori citazioni tra virgolette.

<sup>8</sup> Fra queste nozioni, particolare rilievo avrebbe l'IFRS 10, «destinato a influire sull'interpretazione dell'art. 2359, primo comma, c.c., intrecciandone la trama interpretativa di significati resi espliciti nell'IFRS 10, non esplicitati nella disposizione codicistica, ma da considerarsi compatibili»: CARIELLO, *op. cit.*, 35.

generale del controllo come influenza dominante non più sull'art. 2359, ma sull'IFRS 10, «il parametro di valutazione e il termine di riferimento da cui desumere il controllo non deve essere necessariamente rappresentato dalle assemblee (*controllo c.d. di fatto da influenza qualificata sull'assemblea ordinaria*), ma può anche riguardare le riunioni dell'organo gestionale, tenuto conto soprattutto della significatività degli argomenti oggetti di deliberazione e, comunque, del loro andamento (*controllo c.d. di fatto da influenza qualificata sull'organo di gestione*). In altri termini di valutazione della stabilità, ben si può instaurare, allora, un'equivalenza tra il controllo c.d. di fatto assembleare accertato nel corso di due/tre esercizi (rispetto ai quali, in situazioni normali rileveranno le assemblee aventi a oggetto la nomina dell'organo amministrativo e, nelle società, a sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza); e un controllo c.d. di fatto sull'organo di gestione rapportato anche a un unico esercizio, ove questo, con prognosi postuma e prospettica, si sia caratterizzato per un numero rilevante di riunioni consiliari, alcune delle quali aventi a oggetto argomenti particolarmente significativi di carattere gestionale, finanziario e/od organizzativo». D'altro lato, la certezza dell'esistenza del controllo di fatto (da non confondere, ovviamente, con la stabilità o non contendibilità del controllo, che nel controllo di fatto è sempre *relativa*) non potrebbe essere – secondo questa opinione – del tutto identica a quella del controllo interno di diritto, se non a pena d'incappare in una petizione di principio: «si tratta, piuttosto, di stabilire la certezza di esistenza qualificante il controllo c.d. di diritto e il controllo c.d. di fatto rispetto a una determinata disciplina»<sup>9</sup>, al punto che «la certezza del controllo c.d. di fatto – in definitiva nel mero senso di pura e semplice esistenza del controllo – si risolve nella idoneità o meno di specifici poteri, diritti, fatti e circostanza combinati fra loro, a concretare un potere di controllo»<sup>10</sup> rilevante ai fini di una determinata disciplina alla luce delle specificità del caso concreto.

Questa concezione apre evidentemente la porta alla differenziazione del concetto di controllo, che non potrebbe essere più concepito unitariamente con la

---

<sup>9</sup> CARIELLO, *op. cit.*, p. 44. Più avanti egli scrive «Pertanto, non è pertinente, ad esempio, postulare che il grado di certezza di esistenza del controllo c.d. di fatto imposto, alla luce della loro *rationes* di tutela, dalle discipline che applicano la nozione di controllo dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 93 TUF sia necessariamente identico al grado di certezza di esistenza del controllo c.d. di fatto richiesto – sempre alla luce delle rispettive *rationes* di tutela e del loro parametro di riferimento nonché dell'intensità dell'influenza qualificata identificante il controllo c.d. di fatto – da discipline che applicano nozioni di controllo autonome o comunque, in parte o in tutto diverse da quelle dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 93 TUF. Così, mentre potrebbe essere giustificabile, alla luce delle *rationes* di tutela delle discipline applicabili l'art. 2359 c.c., un grado di certezza di esistenza del controllo c.d. di fatto identico a quello del controllo di diritto; tale identità di certezza di esistenza (del controllo c.d. di diritto e di quello c.d. di fatto) potrebbe ben risultare non richiesta alla luce della propria ratio di tutela, da altra disciplina. A sua volta, il grado di certezza di esistenza rilevante ai fini di una determinata disciplina provvista di una determinata/di determinate *ratio/rationes* di tutela dipende dal “grado di concorso” di poteri, diritti, fatti e circostanze considerato necessario e sufficiente ad affermare l'esistenza del controllo c.d. di fatto».

<sup>10</sup> CARIELLO, *op. cit.*, p. 46.

conseguenza pratica che presunzioni e prova dell'influenza dominante e del controllo dovrebbero essere trattate distintamente almeno in riferimento alla disciplina della cui applicazione si discute. La dottrina che siamo in questo momento esponendo enuncia in effetti questa conseguenza<sup>11</sup> ma di fatto la diluisce perché, avendo comunque riconosciuto una nozione generale di controllo e avendone ravvisato l'archetipo nell'IFRS 10 e nella disciplina Consob delle operazioni tra parti correlate, può utilizzare estesamente il sistema delle presunzioni dettate in questo secondo gruppo di disposizioni. Tale interpretazione, a ben vedere, non richiede necessariamente di costruire una nozione generale di controllo, in particolare (come si ripete) una nozione fondata sulle discipline appena indicate, a patto che gli indici rilevanti dal punto di vista dell'Allegato 1 del Regolamento Consob sulle operazioni tra parti correlate (o ai quali fa riferimento il principio contabile internazionale) siano considerati significativi ai fini di una possibile presunzione semplice di controllo di fatto e non invece per estendere oltre i suoi confini una presunzione legale, sia pure *iuris tantum*.

L'accertamento del controllo di fatto è in conclusione affidato a un giudizio che dal punto di vista processuale non potrà che essere di fatto. Tuttavia, il giudizio non è discrezionale: non lo è né quello delle autorità amministrative che possono accertare o no il controllo, che è soggetto al vaglio di legittimità della giurisdizione amministrativa, né quello del giudice ordinario, che è soggetto al vaglio del giudizio di cassazione. Anche se il giudizio di fatto non è sindacabile nel suo esito, la sua legittimità può essere infatti sindacata, in base alla identificazione di un criterio legale di accertamento, che deve essere applicato.

Nella costruzione del criterio legale di accertamento del controllo di fatto, è da utilizzare un metodo pragmatico, fondato su indizi, ciascuno da ponderare nella sua importanza in relazione allo scopo della disciplina. Nessuno degli indizi deve essere considerato preminente *a priori*. Si può tuttavia concedere che l'indizio più affidabile sia quello consistente nell'osservazione storica del comportamento dei soci in assemblea. In effetti, se si constata che, in un lasso di tempo significativo, la società Alfa, pur non avendo la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della società Beta, ha sempre indicato all'assemblea la maggioranza dei candidati che risultano eletti a componenti dell'organo gestorio o ha sempre espresso da sola la maggioranza dei voti necessari per «vincere» l'assemblea, allora è dimostrato che Beta è controllata da Alfa.

Il giudizio fondato sul passato non è però l'unico rilevante e le circostanze passate di cui il corretto criterio di giudizio deve tener conto non sono limitate a quella indicata.

Occorre considerare che la disciplina delle società controllate è quasi sempre una disciplina «di pericolo» o «preventiva»: il giudizio deve quindi essere formulato *ex ante*, per permettere una tempestiva applicazione della disciplina e ciò ri-

---

<sup>11</sup> CARIELLO, *op. cit.*, p. 46.

chiede che il controllo di fatto possa esser affermato anche prima che l'esperienza storica abbia dimostrato al di là di ogni possibile dubbio che esso ricorre nel caso di specie. Inoltre, nel prendere in considerazione le esperienze passate, è da adottare un criterio ampio piuttosto che restrittivo.

Per esempio, se Alfa acquista da Beta azioni o quote di una società Gamma, in virtù delle quali Beta già in precedenza controllava di fatto Gamma, nessuno dubiterà che sia «trasferito» il controllo di fatto di Gamma da Beta a Alfa, e che la verifica del comportamento dell'assemblea ordinaria successivamente a detta operazione sia sostanzialmente inutile.

Alfa può anche avere acquistato da più soci partecipazioni che, in precedenza, davano ai venditori, congiuntamente fra loro, il potere di imporre nell'assemblea ordinaria il proprio voto coordinato ai soci di minoranza. Indipendentemente dall'esistenza di un patto parasociale tra i soci venditori e dalla discussione circa la possibilità di configurare la discussa fattispecie del controllo congiunto, anche in questo caso si può dire che Alfa acquisti il controllo e che una verifica *ex post* possa semmai solo escludere con effetto *ex nunc* l'applicazione della disciplina.

7. *Controllo e direzione e coordinamento.* – Nella comunicazione della Consob relativa al controllo di Vivendi su TIM, viene notato che Vivendi S.A. aveva dichiarato (tramite il suo più autorevole rappresentante nel Consiglio di amministrazione di TIM e nel corso di una riunione di tale organo) di esercitare su TIM attività di direzione e coordinamento. Da questa dichiarazione, la Consob ha tratto un indizio a favore dell'esistenza e del carattere non occasionale o fortuito e della stabilità del controllo, quest'ultima «da considerarsi *in re ipsa*».

Nella motivazione la Commissione critica la tesi di Vivendi S.A., secondo cui la dichiarazione di inizio dell'attività di direzione e coordinamento sarebbe una manifestazione non di scienza, bensì di volontà, espressione di una «pura scelta gestionale su base discrezionale». Questo argomento era sostenuto in alcuni pareri prodotti nel procedimento da Vivendi S.A., ma la Consob osserva (anche sulla base dei principi dettati dalla legge-delega per l'emanazione della riforma del diritto delle società di capitali poi attuata nel 2003 e invocando l'art. 62 TUF) che «il potere di controllo»<sup>12</sup> potrebbe e dovrebbe essere «considerato un naturale presupposto dell'esercizio della direzione e coordinamento».

Tali conclusioni, secondo la Consob, non sarebbero infine smentite da alcune sentenze di merito che, «per ragioni antielusive», hanno ritenuto che l'attività di direzione e coordinamento «può derivare anche da relazioni diverse da quelle richiamate dall'art. 2497-*sexies* e dall'art. 2487-*septies* c.c. e, quindi, diverse dalle

---

<sup>12</sup> Per la verità, l'espressione «potere di controllo» non è molto felice, nella misura in cui evoca una situazione che nella *Fenomenologia dello Spirito* Hegel avrebbe chiamato «signoria» (*Herrschaft/Knechtschaft*). Il controllo è semmai «influenza» che si esercita tramite esercizio di poteri, di voto o, secondo alcuni, anche diversi dal voto, pur in assenza di particolari «vincoli contrattuali».

fattispecie di controllo partecipativo o contrattuale e da quelle derivanti da vincoli contrattuali o clausole statutarie».

Le conclusioni della Consob paiono condivisibili, ma richiedono un confronto con le opinioni più diffuse nella dottrina e nella giurisprudenza, del resto ricordate anche nella comunicazione di cui si è dato ampiamente conto fino a qui.

Sul rapporto tra controllo e direzione e coordinamento si legge infatti nella dottrina prevalente e in alcune sentenze di merito<sup>13</sup> che la posizione di controllo sarebbe statica, mentre l'esercizio della direzione e coordinamento sarebbe dinamica. Tale contrapposizione ha sicuramente un pregio retorico, essendo fondata su una metafora e una contrapposizione: è il trucco dialettico che nell'antichità rese famoso il sofista Gorgia di Leontini. Essa ha un fondo di verità, ma è anche parzialmente fuorviante. In particolare, la contrapposizione tra statica e dinamica è più verosimile per descrivere il rapporto tra controllo (interno) di diritto e la direzione e coordinamento, mentre è assai meno convincente per il controllo di fatto.

Come si è visto, il controllo di diritto prescinde dall'influenza dominante. Esso può quindi sussistere anche in capo a un socio che non voglia o non possa esercitare alcuna delle prerogative che gli derivano dal fatto di potere, in linea di principio da solo, assumere qualsiasi deliberazione di competenza dell'assemblea ordinaria.

Se invece si passa a considerare la situazione della società controllante di fatto, l'idea che un'influenza dominante di fatto possa non essere esercitata sembra in sé problematica, contraddittoria, perfino assurda. Solo se essa è esercitata in fatto, si può infatti affermare che sussistano gli elementi costitutivi della fattispecie.

La linea di confine tra un'influenza dominante esercitata in fatto e l'esercizio della direzione e coordinamento potrebbe essere però individuata introducendo un'osservazione sottile, ma sufficientemente determinata dal punto di vista concettuale: si può infatti osservare che la direzione e coordinamento riguardano l'impresa, mentre l'influenza dominante deriva in fatto dall'aver a disposizione voti esercitabili nell'assemblea ordinaria. La differenza è degna di nota, ma non pare sufficiente. Infatti, almeno di regola, chi domina l'assemblea non lo fa senza avere di mira la gestione dell'impresa. Ed è giusto, allora, che l'esistenza di una posizione di controllo dia origine a una presunzione, ovviamente *iuris tantum*, di esercizio della direzione e coordinamento dell'impresa.

La forza presunzione è però minata dall'affermazione dottrinale per cui il controllo societario per definizione sarebbe «ontologicamente» diverso dalla direzione e coordinamento. Nella letteratura pratica, anche di alto livello, si legge per esempio che la presunzione non avrebbe la medesima forza nei diversi contesti in cui viene invocata, e che in particolare sarebbe molto «debole»<sup>14</sup> riguardo agli

---

<sup>13</sup> Trib. Palermo, 3 giugno 2010, Trib. Milano, (ord.) 20 dicembre 2013, n. 42294-1; Trib. Roma, 22 gennaio 2014; Trib. Milano, 23 ottobre 2014, n. 13179/2014; Trib. Milano, 14 dicembre 2016, n. 13636/2016.

<sup>14</sup> (G. RACUGNO)-A. MAMBRIANI, *(Bilanci). Gruppi di società*, in *Società di capitali* diretta da R. Rordorf, Milano, 2019, p. 336 e p. 398.

obblighi formali imposti alle società soggette ad altrui direzione e coordinamento a cominciare dall'obbligo (imposto alle società soggette a direzione e coordinamento, ma non alle società di cui esse sono satelliti) di pubblicare nel registro delle imprese la loro condizione di società, appunto, «non autonome».

L'intuizione alla base della tesi appena ricordata (che la presunzione *iuris tantum* può avere una diversa forza probatoria secondo i contesti in cui è fatta valere) non è certamente un'eresia, né si deve assumere che le presunzioni legali, sebbene relative, siano qualche cosa di più di argomentazioni probatorie, al punto di costituire forme metafisiche del pensiero che si impongono come stampi alla realtà. Tuttavia è proprio sul terreno della pratica che l'idea della «debolezza» della presunzione non convince.

Quando una presunzione *iuris tantum* sia debole, è menomata la funzione di inversione dell'onere della prova, tipica della presunzione *iuris tantum*. Quindi, secondo la tesi qui criticata, chi vuole sostenere che una società è diretta e coordinata da un'altra, avrebbe un vantaggio processuale nel caso in cui lo faccia per far valere la responsabilità ai sensi dell'art. 2497 o per far valere la postergazione dei finanziamenti infra-gruppo, mentre non sarebbe favorito sul piano probatorio se volesse far valere altre disposizioni, tra cui quella dell'art. 2497-*bis* o quella sul recesso o quella sulla motivazione delle deliberazioni influenzate dalla direzione e coordinamento. Tale risultato è compatibile con il testo della norma solo se è conservata per la presunzione almeno un minimo di rilevanza, il che significa che non deve essere posto l'onere della prova a carico di chi, per legge, ha diritto di avvalersi della presunzione.

Ciò implica che chi abbia già dimostrato che il socio esercita sull'assemblea un'influenza dominante, non possa essere onerato di una prova (dalla quale sarebbe lontanissimo, a parte il contenuto negativo del *thema probandum*) circa l'inesistenza di direttive informali o formali dalla controllante al management della controllata. L'onere della prova sarebbe in tal caso del tutto invertito.

Se il controllo di fatto fa presumere, con diversa intensità, l'assoggettamento a direzione e coordinamento, l'assoggettamento a direzione e coordinamento potrebbe far presumere il controllo di fatto. È quanto ha ritenuto la Consob nel caso TIM e Vivendi. Tuttavia, occorre considerare che il ragionamento induttivo (che è proprio della valutazione indiziaria) non può trasformarsi in deduttivo quando viene svolto a rovescio. Se infatti si trova nella neve la traccia fresca di una zampa d'orso, si può presumere che ci sia un orso nelle vicinanze, ma se si scorge un orso, non è certo che ci sia una traccia nella neve (per esempio, l'orso potrebbe essere avvistato d'estate); allo stesso modo, sia pure raramente, può presentarsi il caso di una società eterodiretta in virtù di vincoli contrattuali (art. 2497-*septies*) da una società che non ne controlla l'assemblea.

Pertanto non si tratta di una presunzione che funziona da ambedue i lati, come ha scritto la Consob, ma certamente di un indizio molto importante che, insieme ad altri, può permettere di argomentare nel senso della sussistenza del controllo di fatto.