

Libera Università Internazionale degli
Studi Sociali Guido Carli

LUISS

PREMIO TESI D'ECCELLENZA

Controllo societario e regole della concorrenza

Lodovica Rocco di Torrepadula

4 2018-2019

Libreria Universitaria Internazionale
degli Studi Sociali Guido Carli

LUISS

Working paper n. 4/2018-2019
Publication date: november 2020
Controllo societario e regole della concorrenza
© 2020 Lodovica Rocco di Torrepadula
ISBN 978-88-6105-600-8

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

LUISS Academy is an imprint of
LUISS University Press – Pola Srl
Viale Pola 12, 00198 Roma
Tel. 06 85225485
e-mail lup@luiss.it
www.luissuniversitypress.it

Editorial Committee:

Leonardo Morlino (chair)
Paolo Boccardelli
Matteo Caroli
Giovanni Fiori
Daniele Gallo
Nicola Lupo
Stefano Manzocchi
Giuseppe Melis
Marcello Messori
Gianfranco Pellegrino
Giovanni Piccirilli
Arlo Poletti
Andrea Prencipe
Pietro Reichlin

Controllo societario e regole della concorrenza

La teoria assolutistica del controllo di fatto

La vicenda Vivendi – Tim

Lodovica Rocco di Torrepadula

Abstract

The dissertation has as object the examination of the corporate control sited in the article 2359 c.c. and the relationship between it and the notion of control sited in the sectoral regulations, particularly the one drawn up in the Italian antitrust law, l. 287/1990, at the article 7. The comparison among the general and the special disciplines, represents the frame of a more specific study of the de facto control. The thesis starts from the analysis of a concrete case of corporate control that has involved two giants of the telecommunications sector: Vivendi and Tim. For long time the case has been object of the media coverage due to its peculiarity. The Consob intervened issuing resolution no. 0106341 – on 13th September 2017 – that has assessed the existence of a de facto control of Vivendi on Tim in accordance with art. 2350 c.c., art. 9 TUF and with the letters c) and d) of the Consob resolution about transaction with related parties.

Even the European Commission has adopted a position on the Vivendi – Tim case approving the de facto control of Vivendi on Tim with certain caveats. The EU Commission decision gives rise to study the european notion of control sited in the competition rules and its relationship with the italian one, drawn by the civil code.

The peculiarity of the case Vivendi – Tim is due to the fact that, right after the Consob pronouncement, the control, assessed by the authorities, changed readily with the entrance in Tim of the American found named Elliot.

The Consob communication let arise a lot of legal issues, relatively difficult to solve. These matters were the starting point of an “investigation” about the concept of corporate control that culminated in the, so-called, “Absolutist theory of the de facto control”.

1. Introduzione

L'indagine ha ad oggetto il controllo societario nella sua dimensione statica (art. 2359 c.c.) e relazionale (in interazione con le regole della concorrenza¹) e trae vita da un caso che è stato, ed è ancora, agli onori della cronaca (economica) degli ultimi anni. Il duplice aspetto di controllo societario e controllo su impresa ha trovato rilevanza nella vicenda Vivendi – Tim.

La trattazione ha preso le mosse da un'analisi del caso, prima meramente fattuale e poi incentrata sulle pronunce delle principali autorità interessate nella vicenda (la Consob, la Commissione europea, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni).

L'analisi delle diverse decisioni amministrative ha evidenziato la pluralità di accezioni che il concetto di controllo è suscettibile di assumere nel nostro ordinamento, dimostrando che una medesima situazione di fatto può essere diversamente qualificata in base al settore in cui la nozione si colloca ed alle finalità cui essa risponde. Peraltro, il caso è emblematico della difficoltà di accertare l'esistenza di un rapporto di controllo di fatto (ex art. 2359, co. 1, n. 2) nella sfuggevolezza delle forme di manifestazione del reale.

L'analisi della vicenda ha stimolato, pertanto, la necessità di sviluppare un'indagine che, contestualmente, guardasse alla dimensione relazionale del controllo societario con le altre nozioni elaborate nelle discipline di settore (in particolare con quella formulata all'art. 7 della l. 287/90) ed alla più specifica fattispecie del controllo di fatto.

Le due tematiche qui esposte sono assurde, rispettivamente, a quadro e contenuto della trattazione svolta. L'art. 2359 c.c. viene analizzato nei suoi elementi costitutivi e nella sua dimensione relazionale con ulteriori istituti, ad esso contigui (il collegamento - di cui all'art. 2359, co.3, c.c. - e direzione e coordinamento - di cui agli artt. 2497 c.c. e ss.). Nel quadro della predetta indagine è stata ipotizzata l'esistenza di un'unica nozione di controllo ex art. 2359 c.c. Il sistema elaborato nell'ambito del diritto societario è stato, in un secondo momento, trasposto e dimostrato anche riguardo alla nozione del controllo sull'impresa.

L'indagine ermeneutica delle due fattispecie di controllo², nell'intento di non sfociare in aporia, ha intrattenuto un dialogo costante con la realtà applicativa in cui esse si collocano e di cui testimone è l'assiduo riferimento al caso "Vivendi – Tim", oggetto trasversale dell'elaborato. Peraltro, la trattazione ha assunto una dimensione critica e comparatistica delle discipline prese in esame volta all'individuazione di un sistema entro cui collocare l'ipostatizzazione del concetto di controllo.

¹ L. 287/1990.

² Ex art. 2359 c.c. ed ex art. 7 l. 287/1990.

Il filo conduttore, da cui l'attività di ricerca è stata ispirata, è calibrato su una sistematizzazione della fattispecie di controllo societario, che può essere riassunta nell'elaborazione dell'ipotetica “teoria assolutistica del controllo di fatto” consistente nell'asserzione, tutta da verificare, che la nozione di controllo contenuta nel codice civile sia unitaria e non ammetta l'esistenza delle tre diverse fattispecie elaborate dalla dottrina. Si è argomentato, nell'ultimo atto di questo studio, che la teoria potrebbe, potenzialmente, avere uno sviluppo in altri ambiti del diritto – ed in particolare quello antitrust – avendo sempre chiare le differenze che la traslazione in una disciplina di settore impone.

2. La teoria assolutistica del controllo di fatto

2.1 Finalità

La fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. racchiude la volontà del legislatore di dare una “forma” normativa ad un fenomeno, quello del controllo, economico prima che giuridico. Detto istituto, nella sua formulazione e nelle sue evoluzioni, ha destato negli anni l'attenzione della dottrina, specialmente a seguito del 2003, anno in cui è stata emanata la riforma che trasversalmente ha innovato la normativa in materia di società di capitali e che, per prima, ha introdotto una disciplina dedicata al fenomeno delle aggregazioni societarie.

Quello dei gruppi, come noto, è per una serie di ragioni storico – economiche, un fenomeno in merito al quale il legislatore italiano, si è astenuto dall'intervenire³.

Data la complessità dello stesso e la conseguente difficoltà di definirne in maniera risoluta ed inequivoca i confini, oggi la materia è regolata, esclusivamente, relativamente a quegli aspetti che, centrali e più problematici, necessitavano di una risposta del legislatore (quale, primo tra tutti, quello della responsabilità). Dunque, seppur consapevoli della difficoltà di cristallizzare la morfologia del gruppo nel suo complesso, si ritiene che l'elaborazione di una fattispecie di controllo dalla struttura univoca e unitaria possa essere funzionale ad attribuire maggiore “consistenza” al fenomeno, ancor oggi indefinito nelle forme e nei contenuti.

L'esperienza di numerosi autori ha insegnato che è impresa titanica – e praticamente impossibile – tentare di ricondurre ad unità tutte quelle ipotesi di controllo che, nella legislazione attualmente in vigore, sono disseminate nelle varie discipline di settore. Pertanto, in dottrina, più o meno pacificamente, si è approdati alla conclusione che il diverso atteggiarsi delle varie nozioni elaborate in materia di controllo sia un “bene da tutelare”. La diversità, si

³ Nel nostro ordinamento infatti non vi è una specifica definizione del gruppo. Il fenomeno del gruppo si riconduce alla disciplina dettata in merito all'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss.

ritiene debba essere, sotto certi aspetti, protetta, al fine di consentire ad ognuna delle definizioni formulate dal legislatore in materia di controllo di essere funzionale alla tutela del bene specifico oggetto della norma.

A ciò si aggiunga che, com'è noto, qualsiasi sia la disciplina di settore in cui la nozione di controllo è collocata (sia che essa si trovi nel Testo Unico in materia finanziaria, nel regolamento Consob in materia di operazioni tra parti correlate, sia che si trovi nella legge n. 287 del 1990), il legislatore, tramite l'impiego dello strumento del "rinvio", opera sempre un richiamo a quello che può dirsi il "nocciolo duro" della fattispecie: l'art. 2359 c.c.

Queste premesse sono funzionali allo scopo di rendere evidente la necessità di elaborare una nozione di controllo societario (cui, come detto, tutte le altre si richiamano) che sia unitaria e univoca nei suoi tratti caratterizzanti⁴, cosicché si possa poi, da una parte, operare una trasposizione della nozione in altre fattispecie di settore, più facilmente e con minori dubbi interpretativi, e, dall'altra, si possano delineare alcuni contorni del fenomeno di gruppo al fine di rendere questa fattispecie meno sfumata nei suoi contorni e più facilmente identificabile nelle sue molteplici manifestazioni.

2.2 La centralità del controllo di fatto

Per adempiere alla finalità sopraesposta di portare ad unità la fattispecie del controllo pare opportuno identificarne il corpo unitario e comune a tutte e tre le ipotesi di controllo elaborate all'articolo 2359 del codice civile.

Si ritiene che i due elementi fondamentali intorno al quale ruota la fattispecie siano quelli di "*influenza dominante*" e "*disponibilità dei voti che siano sufficienti ad indirizzare la volontà assembleare*". La disomogeneità di questi elementi deriverebbe proprio dall'utilizzo che di questi due concetti fa il legislatore e dall'interpretazione che, conseguenzialmente, la norma si presta a veicolare. Entrambi i "fattori" ricorrono all'art. 2359, n. 2, c.c., mentre, solo alternativamente, essi sono esplicitamente menzionati nelle ipotesi di controllo interno di diritto (art. 2359, comma 1, n. 1, c.c.) e controllo contrattuale esterno (art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.). Infatti, il legislatore così come, nella formulazione della norma di cui all'art. 2359, co. 1, n. 1,

⁴ Parte della dottrina ha già tentato di ricondurre la fattispecie di controllo ad una struttura unica ed organica. Secondo tale orientamento perché si verifichi un'ipotesi di controllo esterno è necessario che il contratto determini una dipendenza economica sulla controllata che sia tale da annientarne l'autonomia decisionale di quest'ultima (non tanto con riferimento alla sua gestione, quanto più all'esercizio del diritto di voto in assemblea e alle decisioni sul se acquistare partecipazioni della controllante). Si ritiene, conformemente con l'orientamento che a questa dottrina ha obiettato, che una tale lettura della fattispecie restringerebbe eccessivamente l'ipotesi del controllo istaurato contrattualmente. M. SPOLIDORO, *Il concetto*, p. 483; D. CORAPI, *Commento all'art. 2359*, p. 188. Diversa e più condivisibile è invece l'opinione di M. LAMANDINI, *Commento agli artt. 2359-2359 quinquies*, p. 399, il quale invece interpreta l'influenza dominante di cui al n. 3 dell'art. 2359 c.c. come un'influenza che debba necessariamente dispiegarsi sulla società nel suo complesso ("*sulla complessiva attività d'impresa della società dominata*").

c.c., ha espressamente deciso di non fare riferimento al concetto di influenza dominante, allo stesso modo, al n. 3 del medesimo articolo, omette qualsiasi menzione dell'assemblea, descrivendo una fattispecie astratta di controllo attinente esclusivamente al piano amministrativo-gestionale.

Ciò che si intende sostenere nelle pagine a seguire è che questi due concetti, che sembrano *prima facie* essere stati utilizzati dal legislatore come criteri discretivi per l'elaborazione di tre categorie dottrinali (i cc.dd. controllo interno di diritto, controllo interno di fatto e controllo esterno contrattuale) tra loro tanto diverse, siano, in realtà, i due strumenti di cui servirsi per portare ad unità la fattispecie⁵.

Per quanto concerne l'influenza dominante, infatti, pare inoppugnabile che l'esercizio della stessa costituisca il momento fondante della fattispecie, il momento in cui la relazione di controllo viene ad esistenza e si esplica. Per questo motivo essa deve potenzialmente e necessariamente essere riconducibile a tutte e tre le situazioni sopra indicate (e cioè, ai nn. 1, 2 e 3 di cui al primo comma dell'art. 2359 c.c.), e quindi anche all'ipotesi del c.d. controllo di diritto, in cui il legislatore non ne fa esplicita menzione. D'altronde è presumibile che, qualora un soggetto disponga⁶ della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea della partecipata, allora egli abbia, *ipso facto*, anche del potere di esercitare un'influenza dominante sulla medesima. Pertanto, è probabile che il motivo per il quale il legislatore non abbia fatto espresso riferimento all'espressione "influenza dominante" sia riconducibile alla sola scelta sintattica operata con l'intento di non ripetersi, essendo tutt'al più chiaro ed intuitivo che un concetto implichi anche l'altro.

Non pare, pertanto, condivisibile sul punto l'opinione di quella parte di dottrina che sostiene che le due ipotesi di controllo interno non possano riportarsi ad unità perché caratterizzate da una struttura differente, conseguenza del diverso atteggiarsi dell'influenza dominante⁷. Tale orientamento avalla la tesi per cui, nel controllo di diritto, l'influenza dominante non

⁵ Per l'appunto si ritiene che i due concetti assurgano ad elementi base della norma tramite cui è possibile, in ipotesi, costruire la fattispecie unitaria di controllo.

⁶ La differenza tra *disporre* e *possedere* è di fondamentale rilevanza nel quadro che si analizza. Il termine *possedere*, tende a ricondurre il ragionamento sempre ad un livello potenziale (dovendosi, pertanto, considerare introduttivo una presunzione che sia solo relativa rispetto alla realizzazione al concetto di influenza dominante), mentre il riferimento alla *disponibilità* pone la condizione del soggetto su un piano effettivo (il che si presta alla formulazione di una presunzione assoluta con cui si evince la certezza circa l'esistenza di nesso logico tra la posizione giuridica soggettiva di colui che dispone della maggioranza dei voti ed il potere di esercitare effettivamente un'influenza dominante sulla partecipata). In questo modo si potrebbe rispondere a quella parte di dottrina che sostiene che il controllo interno di diritto e di fatto non possono annettersi logicamente perché relativi a due "dimensioni" differenti: l'una meramente potenziale, l'altra effettiva. Si ritiene che sia proprio grazie all'utilizzo del termine *disporre* che invece entrambe le fattispecie possono essere ricondotte ad unità, identificandone una natura omogenea che sia esclusivamente tangibile ed effettiva.

⁷ G. SBISÀ, Commento all'art. 2359, in Commentario SCIALOJA-BRANCA, 1997, p. 470; M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, p. 52; M. LAMANDINI, *Commento agli artt. 2359-2359quinquies*, p. 397.

necessiterebbe di essere provata, mentre, nel controllo interno di fatto, essa dovrebbe necessariamente formare oggetto di prova, essendo elemento costitutivo della fattispecie.

E' proprio in questa considerazione che si ritiene debba, invece, ricercarsi la base logica per poter affermare che il controllo c.d. interno e di diritto, di cui all'art. 2359, co.1, n.1, c.c., altro concretamente non sia che una presunzione assoluta dell'esistenza di un'ipotesi di controllo c.d. di fatto, di cui al n. 2 del medesimo articolo.

In conclusione la sostanziale e strutturale identità delle fattispecie di controllo interno (c.d. di diritto e di fatto) giustificerebbe l'abrogazione del n. 1 dell'art. 2359 c.c. e, in assoluto, di una classificazione "discretiva" delle due ipotesi. Entrambe le fattispecie di controllo interno, infatti, sono accomunabili per il ruolo centrale rivestito dal concetto di "influenza dominante" oltre che per il medesimo presupposto (un rapporto di natura partecipativa con la società controllata). La sola differenza che intercorre tra le due situazioni risiederebbe nell'entità della quota di capitale detenuta, che in un caso è, *in re ipsa*, capace di generare la fattispecie del controllo, mentre nell'altro caso necessita, invece, di essere "coadiuvata" da una serie di circostanze di fatto e di diritto che concorrano a potenziare la partecipazione.

Sulla scorta del ragionamento appena esposto, si ritiene che la fattispecie astratta di cui al n. 1 dell'art. 2359, co.1, c.c. possa in concreto essere ricondotta al c.d. controllo di fatto (codificato al n. 2 del medesimo articolo) che, pertanto, con l'espressione "voti sufficienti" implicherebbe solo una più ampia soglia di inclusione di quelle partecipazioni in virtù del quale è possibile che si instauri un potere di controllo stabile di una società su di un'altra.

Il secondo aspetto, che si è prestato a veicolare un'interpretazione della norma di cui all'art. 2359, co.1, c.c. disorganica e non aggregante è quello che attiene all'organo su cui effettivamente si dispiega l'influenza della controllante. Anch'esso, come l'influenza dominante, rappresenterebbe infatti un elemento discretivo solo apparente delle tre fattispecie di controllo di cui all'art. 2359 c.c., potendo, invece, essere impiegato quale strumento per condurre ad unità la nozione di controllo.

Il legislatore, come noto, distingue le tre fattispecie a seconda dell'organo societario passibile di subire l'influenza della controllante. Nel controllo c.d. interno, l'influenza dominante è esercitata dalla controllante direttamente sull'assemblea della controllata. Nell'ipotesi di controllo c.d. esterno, di fronte al silenzio del legislatore, la dottrina pacificamente assume che essa si manifesti esclusivamente rispetto all'organo di amministrazione della società e sulle attività di gestione da questo svolte.

In questa prospettiva, la dottrina opera una distinzione tra le due forme di controllo e le due diverse modalità di esercizio dell'influenza dominante, a seconda che essa sia conseguenza di

una partecipazione azionaria o di uno strumento contrattuale e, dunque, a seconda che essa sia esercitata da un soggetto interno o esterno alla controllata.

Per poter condurre ad unità la fattispecie si ritiene debba necessariamente farsi un passo indietro e partire nuovamente dall'elemento aggregante delle tre ipotesi di controllo: l'influenza dominante.

Si ribadisce come inoppugnabile sia l'assunto per cui il concetto di un'influenza che sia *dominante e determinante* costituisca l'anima del 2359 c.c. e, dunque, l'essenza intrinseca del controllo societario, in qualsiasi forma e tramite qualsiasi strumento esso si concretizzi. Che essa si realizzi tramite la disponibilità dei voti sufficienti ad indirizzare la volontà dell'assemblea o tramite l'instaurazione di vincoli contrattuali si reputa, infatti, indifferente in questa sede. Questo in quanto, si ritiene che detta influenza debba operare contemporaneamente sul duplice piano amministrativo, di gestione della società e di formazione della volontà societaria, affinché si realizzi una fattispecie effettiva di controllo.

Il meccanismo di propagazione dell'influenza non pare creare particolari dubbi interpretativi, quando essa si dispieghi direttamente sull'organo assembleare, come avviene nell'ipotesi del controllo c.d. di fatto. In questo caso la dottrina maggioritaria è d'accordo nell'ipotizzare che il "potere di indirizzo", esercitato dalla controllante sulle delibere della società, si riverberi anche sugli atti di gestione compiuti dal consiglio di amministrazione, essendo, la composizione di quest'organo, frutto diretto dell'esercizio di tale influenza.

Nominando gli amministratori, il socio controllante "di fatto" è in grado di orientare anche le politiche di gestione della società⁸, essendo queste il frutto dell'attività di amministratori nominati dall'assemblea.

Maggiori dubbi sorgono invece nel caso in cui l'influenza dominante venga direttamente esercitata esclusivamente sull'organo di gestione. Sul punto, la maggioranza della dottrina esclude che tale tipo di influenza possa traslarsi inversamente sul piano assembleare.

Argomento a sostegno di tale tesi la posizione "esterna" del soggetto controllante: non essendo un socio, egli è estraneo ai meccanismi decisionali della società e non è ritenuto, per questo, in grado di concorrere alla formazione della *voluntas* assembleare.

Detta considerazione è da ritenersi corretta solo se si ammette che la relazione che intercorre tra l'assemblea e gli amministratori sia una relazione a senso univoco e che, dunque, l'influenza dominante esercitata dalla controllante possa propagarsi dall'assemblea agli amministratori ma non viceversa.

⁸ Pur sempre ricordando la separazione che vi è tra assemblea e consiglio di amministrazione, in virtù del quale la prima non può, in nessun caso, svolgere o interferire con l'attività di gestione della società.

Tuttavia, il fatto che gli amministratori stipulino un contratto che ponga la società in una posizione di dipendenza economica rispetto ad un'altra, senza che il socio di maggioranza relativa o assoluta della controllata presti il suo assenso⁹ (*recte*: o non manifesti, in qualsiasi modo e forma, il suo dissenso avverso all'operato degli amministratori), non pare sia ragionevolmente attendibile¹⁰.

Il caso Vivendi – Tim, sopra illustrato ha mostrato come il consiglio di amministrazione della società è sempre un'estrinsicazione del volere di un socio di maggioranza assoluta o relativa: esso, infatti, resta in vita solo – e fin tanto che – la maggioranza di cui è espressione sia in grado di esercitare un'influenza in assemblea. Quando l'ingresso del fondo americano Elliot e di Cassa Depositi e Prestiti ha significativamente variato gli assetti di potere in seno all'assemblea, depotenziando la quota del 23,9% del capitale detenuta da Vivendi, i precedenti amministratori sono stati immediatamente revocati ed il consiglio è stato nuovamente “ricostituito”¹¹, fedelmente ad i nuovi assetti proprietari della società.

La vicenda è paradigmatica dello stretto legame strutturale¹² e sostanziale¹³ che intercorre tra i due organi, nonostante il cordone sanitario attentamente creato dal legislatore per garantire l'indipendenza di entrambe¹⁴.

E' in virtù di detto legame “bivalente”¹⁵ che l'attività di gestione degli amministratori, che si concretizza nella stipulazione di contratti idonei a porre la società in una condizione di soggezione (economica e decisionale) rispetto ad un'altra, lascia presumere il tacito assenso (o, come visto, l'assenza di un espresso diniego) dell'assemblea (o quanto meno della maggioranza, assoluta o relativa degli azionisti della società)¹⁶.

Sulla scorta di tale ragionamento, in questa sede si vuole avanzare la tesi secondo cui in realtà il controllante esterno – titolare di un potere di matrice contrattuale – di fatto è in grado di

⁹ Da intendersi più che altro quale silenzio – assenso.

¹⁰ In particolare si fa riferimento a quanto affermato da L.A BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990, p. 218. L'Autore, nel fornire una definizione di controllo esterno, afferma che si realizzerebbe una situazione di soggezione quando, attraverso situazioni di fatto, le decisioni degli organi della società risultino concretamente “condizionate da imposizioni” di un'altra società, coerentemente con una normativa che ammette l'etero-condizionamento societario e non unicamente economico.

¹¹ Chiaramente sempre tramite l'utilizzo del meccanismo del voto di lista.

¹² Tale legame è cristallizzato nell'art. 2383 c.c. e, dunque, consiste nel potere dell'assemblea di nominare e revocare gli amministratori.

¹³ Che si ipotizza in questa sede che possa identificarsi con l'*interesse sociale* che entrambe gli organi devono, seppur in misura diversa, perseguire.

¹⁴ Nel senso che l'assemblea non può in alcun modo, come precedentemente già ricordato, intervenire nelle politiche di gestione della società.

¹⁵ Che, come appena detto, si instaura sia sul piano strutturale della nomina diretta degli amministratori da parte del socio di maggioranza, che sul piano sostanziale della comunanza dell'interesse sociale, alla cui realizzazione l'attività di ognuno dei due organi deve, necessariamente, tendere.

¹⁶ Se la politica di gestione della società non rispecchiasse la parte maggioritaria dell'assemblea, questa potrebbe pur sempre agire per revocare gli amministratori e nominare un nuovo consiglio di amministrazione che sia effettivamente espressione della maggioranza.

esercitare un'influenza anche sull'assemblea della controllata per interposta persona¹⁷ (ex art. 2359, co. 2, c.c.), ossia tramite il socio che disponga dei voti sufficienti per indirizzare il contenuto della delibera¹⁸ e che, pertanto, in astratto, sia in grado di revocare gli amministratori che hanno compiuto l'atto lesivo dell'indipendenza della società.

In conclusione, il ragionamento fin qui esposto conduce all'elaborazione di una "teoria assolutistica del controllo di fatto" in forza della quale si sostiene che le tre situazioni di controllo, enucleate dal legislatore e classificate atomisticamente dalla dottrina, possano invece ricondursi ad unità, nel c.d. controllo di fatto di cui all'art. 2359, co. 1, n. 2, c.c.

3. Il controllo di fatto nel diritto antitrust

Si è scelta la vicenda Vivendi - Tim, illustrata nel primo capitolo, quale emblematico caso di un governo della minoranza che si è instaurato in un contesto in cui, per una coincidenza di circostanze di fatto, il controllo è sorto in capo ad un soggetto interno alla società nonostante questo non detenesse la maggioranza del capitale della partecipata.

Nel secondo capitolo, la trattazione ha assunto ad oggetto il concetto di controllo elaborato dal codice civile ed ha prodotto come esito la formulazione della c.d. "teoria assolutistica del controllo di fatto", in virtù del quale si è ritenuto possibile ricondurre l'essenza dell'art. 2359 c.c. ad un unico nucleo, consistente in un'*influenza dominante* esercitabile nell'assemblea ordinaria in virtù della disponibilità di voti sufficienti ad orientarne la volontà.

Dall'analisi in seguito svolta della fattispecie di controllo, ex art. 7 l. 287/90¹⁹, rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in materia antitrust, è emersa un'autonoma figura giuridica, per certi versi coincidente, per altri profondamente distante, dalla nozione codicistica.

Essa, come si è tentato di evidenziare, si distingue dalla nozione elaborata nel codice civile per due generali ordini di motivi.

In primo luogo, essa si colloca in una normativa di settore, all'interno del quale la terminologia impiegata è differente da quella cui fa riferimento il codice civile. Il vocabolo *impresa* si sostituisce a quello di *società* tracciando un ambito di applicazione della nozione più ampio che sia specchio della maggiore capacità inclusiva del termine.

In secondo luogo, proprio in virtù del contesto in cui si colloca la definizione di settore, essa risponde ad un interesse differente rispetto a quello che sorregge la disposizione di cui all'art.

¹⁷ Ipotesi espressamente prevista all'art. 2359, co. 2, c.c.

¹⁸ Questo ragionamento risponde all'esigenza di dare una veste giuridica al fenomeno che altrimenti resterebbe su di un mero piano economico. Il concetto di etero-determinazione ed etero-direzione delle decisioni, infatti, ha la funzione di ricondurre nell'ambito del diritto societario, un fenomeno che altrimenti resterebbe attinente solo ad un piano economico-contabile.

¹⁹ Ed ex art. 3, par.2, reg. (CE) 139/2004.

2359 c.c. Se si è giunti a concludere che la *ratio* ispiratrice della disposizione codicistica sia da ricercarsi nell'esigenza del legislatore di tutelare i meccanismi di funzionamento degli organi societari da una tirannia degli interessi del socio controllante, ugualmente non può concludersi per quanto attiene alla nozione di controllo dettata dal legislatore antitrust. In questo caso, l'interesse generale che muove il legislatore del '42, deve coniugarsi con l'interesse specifico che caratterizza la disciplina di settore in cui la nozione si colloca. Nel caso di specie, essa è stata identificata con la volontà di tutelare il corretto andamento concorrenziale del mercato.

In conclusione, l'utilizzo di termini riferiti all'universo dell'impresa (i quali, come detto, sono suscettibili di assumere una valenza più ampia rispetto a quelli riconducibili alla forma societaria) unitamente alla "specificità" degli interessi, alla cui realizzazione sottende la normativa antitrust, portano ad elaborare una nozione "speciale" di controllo di fatto che risulta più ampio nella sua struttura rispetto al modello delineato dal codice civile²⁰.

Nella disciplina antitrust è suscettibile di realizzarsi un controllo di fatto quando un soggetto pur non detenendo una partecipazione maggioritaria – o pur non detenendo affatto una partecipazione in essa – sia in grado di esercitare un'influenza determinante su di una o più imprese, in forza del verificarsi di determinate circostanze di fatto o di diritto.

Da tale ampia e generica definizione si distinguerebbero due diverse forme di controllo di fatto: un controllo di fatto *puro* ed un controllo di fatto contrattuale.

Esempio paradigmatico di un'ipotesi di controllo di fatto c.d. puro è la vicenda Vivendi – Tim di cui si è fatta narrazione nel primo capitolo del presente scritto. Esso è suscettibile di realizzarsi quando un soggetto che faccia parte della compagine azionaria della controllata, pur non possedendo una quota di maggioranza del capitale sociale, per il ricorrere di determinate circostanze di fatto o di diritto, dispone dei voti sufficienti esercitabili nell'assemblea ordinaria. Tali circostanze, come detto, possono consistere nell'ampia frammentazione del capitale della partecipata, nel fenomeno di assenteismo dei piccoli azionisti all'assemblea ovvero nella stipula di patti parasociali.

Tale ipotesi di controllo di fatto, parzialmente coincidente²¹ con quella descritta all'art. 2359, co. 1, n. 2, c.c., si configura pertanto come una fattispecie di controllo interno, in cui il soggetto controllante assume lo *status* di azionista della controllata.

Il c.d. controllo di fatto contrattuale è invece una figura di esclusiva elaborazione del diritto della concorrenza.

²⁰ Sembra si tratti di un paradosso ma, in realtà, la differenza attiene sempre al parametro che si utilizza nella qualificazione del rapporto di genere a specie: la nozione o la norma.

²¹ A causa delle differenze che inevitabilmente intercorrono tra le "macro-categorie" del *controllo societario* e del *controllo su impresa* e delle considerazioni qui sopra svolte in merito al testo delle norme e alla *ratio* che ad esse sottende.

Essa prende vita dall'interpretazione fornita dalla Commissione europea in tema di interpretazione della nozione di concentrazione. Perché possa parlarsi di controllo contrattuale di fatto, secondo l'Autorità antitrust europea, è necessario che al controllo di fatto c.d. puro si affianchino ulteriori elementi che siano attinenti alla sfera di relazioni puramente economiche dell'impresa.

In tal senso, una situazione di dipendenza economica implicherebbe l'esistenza di un controllo di fatto quando, ad esempio, essa sia suscettibile di dare luogo a degli accordi di fornitura a lungo termine e di importanza fondamentale per gli affari dell'impresa che, combinati con "legami strutturali" (c.d. *structural links*), siano in grado di attribuire ad un soggetto il potere di esercitare un'influenza determinante su di un'altra società²².

In sintesi, si ritiene che dal regolamento CE 139/2004 possa desumersi un'autonoma ipotesi di controllo di fatto, rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in materia antitrust e che attribuisca nuova forma alla c.d. teoria assolutistica del controllo di fatto, elaborata nei capitoli precedenti. Tale impostazione sistematica, formulata nell'ambito del diritto societario, trova il suo punto focale nella possibilità di ricondurre anche il controllo contrattuale alla dimensione assembleare della società controllata, facendo perno sulla circostanza per cui il controllante esterno eserciterebbe, *di fatto*, un'influenza dominante sulla società tramite interposta persona, *rectius*, tramite il silenzio – assenso²³ del socio di maggioranza non contrario²⁴ all'esistenza di un controllante esterno.

Applicata al diritto antitrust, la teoria assolutistica del controllo di fatto, seppur con le dovute necessità di adattamento conseguenza del diverso contesto con cui si confronta, giunge al medesimo risultato: la possibilità di ricondurre il controllo c.d. contrattuale esterno alla dimensione interna della controllata e, pertanto, alla fattispecie del controllo c.d. di fatto.

Per meglio argomentare tale tesi si ritiene che sia a questo punto necessario procedere operando talune specificazioni circa i temi introdotti.

3.1 Lo "Structural link"

L'attuale formulazione del regolamento (CE) 139/2004 non include nell'ambito della nozione di concentrazione quelle operazioni che, anche quando non siano idonee a determinare l'acquisizione o una modifica duratura del controllo, siano comunque in grado di instaurare, tra

²² Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (96/C 66/02) par. 9.

²³ Il termine, in questa sede utilizzato impropriamente, vuole far riferimento alla possibilità dell'assemblea dei soci di nominare e revocare i componenti del consiglio di amministrazione, disponendo in questo modo (senza interferire con l'attività di gestione della società) di uno strumento di "controllo" sull'indirizzo della stessa.

²⁴ Esercitando il proprio potere di revoca del mandato ai componenti del consiglio di amministrazione.

le imprese coinvolte, un collegamento strutturale (il c.d. *structural link*) che appaia quale indizio di un più vasto disegno collusivo²⁵.

Un esempio è offerto dalla pratica dei c.d. *interlocking directorates*, ossia la presenza, negli organi di amministrazione di un'impresa, di più esponenti di una concorrente, ovvero dall'acquisizione di una partecipazione di minoranza (neanche astrattamente idonea ad attribuire al titolare il potere di esercitare un'influenza determinante sull'impresa partecipata) in una società concorrente²⁶.

Per quanto concerne l'ipotesi dei c.d. *interlocking directorates*, pur non essendo escluso che esso possa essere interpretato quale prova dell'esistenza di un controllo di fatto, pare possa di norma trovare applicazione la disciplina dettata dal legislatore antitrust in materia di intese²⁷. Infatti, tramite tale pratica si realizzerebbero delle “*interferenze personali*” suscettibili di facilitare lo scambio di informazioni fra imprese concorrenti, integrando gli estremi di una pratica concordata²⁸.

Più complessa appare la questione attinente alla valutazione dell'operazione che consiste nell'acquisizione di una partecipazione di minoranza in una società concorrente. Tale operazione potrebbe, in ipotesi, tanto essere interpretato quale il “suggerimento” di un rapporto di complicità tra due imprese, quanto la base per una scalata che miri a concludersi con l'acquisizione di una posizione di controllo nella partecipata²⁹.

Come noto, l'acquisto di una partecipazione di minoranza che non sia coadiuvata da ulteriori circostanze (che, come detto, possono consistere tanto in degli elementi di fatto e di diritto³⁰, quanto in un rapporto di tipo economico³¹) non varca la soglia che determina l'acquisizione del controllo, unico presupposto rilevante per l'applicazione della normativa in materia di concentrazioni. Emblematico caso in cui si è verificata l'instaurazione di uno “*structural link*” in forza di una partecipazione di minoranza – non idonea da sola a generare una situazione di controllo – è l'ormai celebre caso che ha coinvolto le due compagnie aeree irlandesi, Ryan Air e Aer Lingus³². Nel caso di specie, la Commissione ha impedito il lancio di un'O.P.A. da parte di Ryan Air per l'acquisto del controllo esclusivo sulla compagnia concorrente ma ha,

²⁵ G. OLIVIERI, *Minority shareholdings e controllo delle concentrazioni: Nihil sub sole novi?*, in *Rivista italiana di Antitrust*, articolo n. 1 (2014), p. 66; M. LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 361 ss.; F. GHEZZI, G.D. PINI, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese (Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004)*, in *Riv. soc.* 2014, pp. 1 ss.

²⁶ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 362.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ L'acquisto di una partecipazione di minoranza può suggerire tanto l'esistenza di un cartello quanto l'attuazione di una strategia escludente da parte dell'acquirente a danno dell'acquisito.

³⁰ Controllo c.d. puro.

³¹ Controllo c.d. contrattuale.

³² Commissione UE, c. M4439 del 27 giugno 2007, *Ryanair/Aer Lingus*; Trib. I gr. UE, 6 luglio 2010, T-411/07; Commissione UE, c. M6663 del 27 febbraio 2013, *Ryanair/Aer Lingus III*.

contestualmente, ritenuto opportuno non intervenire sul mantenimento da parte della prima del 25 % azioni della seconda, regolarmente acquistate in borsa³³.

In merito è intervenuta l'autorità antitrust britannica, sostenendo che al diniego dell'autorizzazione della concentrazione dovesse conseguire l'obbligo, gravante su Ryan Air, di dismettere le quote "rastrellate" nel mercato³⁴.

La divergenza delle posizioni assunte dalle varie autorità giurisdizionali e antitrust – nazionale ed europea – hanno evidenziato l'esistenza di una lacuna nella disciplina in materia di concentrazioni. L'autorità inglese risolveva il problema proponendo un'interpretazione estensiva del concetto di controllo che fosse tale da ricomprendere anche quei legami strutturali capaci di ingenerare la ragionevole probabilità di ridurre la "concorrenzialità" nella porzione di mercato in cui operano le imprese interessate³⁵. Tale soluzione avrebbe anticipato notevolmente la soglia di punibilità delle operazioni di concentrazione e avrebbe prodotto, quale diretta conseguenza, una situazione di incertezza circa la soglia oltre la quale tali legami strutturali assumono rilevanza³⁶. Pertanto, la Commissione, nel giugno del 2013 ha avanzato una proposta di consultazione³⁷ volta ad estendere l'ambito di applicazione del regolamento n. 139/2004 sul controllo delle concentrazioni all'acquisto delle c.d. "minority shareholdings"³⁸. Proposta, quest'ultima³⁹, che tuttavia non ha mai visto la luce⁴⁰.

3.2 Il controllo contrattuale di fatto

Come noto, necessario perché possano dirsi integrati gli estremi di un'operazione di concentrazione è che, ad una determinata partecipazione di minoranza, si sommino una serie di circostanze di fatto idonee a determinare l'acquisizione del controllo da parte del suo titolare.

³³ Commissione UE, c. M4439 del 27 giugno 2007, *Ryanair/Aer Lingus*; Trib. I gr. UE, 6 luglio 2010, T-411/07; Commissione UE, c. M6663 del 27 febbraio 2013, *Ryanair/Aer Lingus III*.

³⁴ U.K. Competition Commission, 28 agosto 2013. La decisione è stata, in seguito, confermata dall'U.K. Competition Appeal Tribunal, 6 marzo 2014.

³⁵ U.K. Competition Commission, 28 agosto 2013. La decisione è stata, in seguito, confermata dall'U.K. Competition Appeal Tribunal, 6 marzo 2014.

³⁶ Ne deriverebbe una moltiplicazione delle notificazioni e, con esse, delle procedure di valutazione pendenti determinando un maggiore e più gravoso sovraccarico della Commissione europea.

³⁷ Commission Staff Working Document, *Towards a more effective EU merger control*, 25 giugno, SWD (2013) 239 final.

³⁸ La proposta di consultazione ha poi preso forma nel Libro bianco, Bruxelles, 9.7.2014, COM(2014) 449 final; Libro verde sulla revisione del Reg. (CEE) n. 4064/89, 11 dicembre 2001 (COM/2001/0745 final), par. 106 -107.

³⁹ Nello specifico, la Commissione si proponeva di "estendere la competenza della Commissione all'esame dei potenziali effetti anticoncorrenziali risultanti da acquisizioni di partecipazioni di minoranza non di controllo utilizzando un sistema di trasparenza mirato e non invasivo, e di rendere il sistema di rinvio dei casi più efficace ed efficiente razionalizzando la procedura di cui all'articolo 4, paragrafo 5, e modificando l'articolo 22 in modo da rafforzare il rispetto del principio dello sportello unico" (v. Libro bianco, Bruxelles, 9.7.2014, COM(2014)449 final, par. 78).

⁴⁰ Per una critica alla proposta della Commissione si vedano per tutti G. OLIVIERI, *Minority shareholdings e controllo delle concentrazioni*, pp. 67 ss.; F. GHEZZI, G.D. PINI, *op. cit.*, pp. 1 ss.

Un'ipotesi di concentrazione, in virtù dell'art. 7 par. 1 l. 287/90 e dell'art. 3 par. 2 reg. (CE) 139/2004, può sorgere anche in virtù di qualsiasi tipo di vincolo contrattuale⁴¹ che sia idoneo ad attribuire ad una delle parti il controllo sull'altra.

La figura del controllo esterno raggruppa pertanto le ipotesi più eterogenee di vincoli idonei ad attribuire a taluno un potere di controllo, accomunate dal solo fatto che esse non derivano da un rapporto partecipativo con l'impresa controllata⁴². In questa prospettiva la categoria del controllo esterno acquisirebbe un valore esclusivamente residuale qualificando in negativo la fattispecie, come inclusiva di tutte le situazioni in cui si realizza un'influenza determinante di una società su di un'altra, senza che, di questa, la prima partecipi al capitale⁴³.

In conclusione, il "controllo esterno antitrust" include i "*particolari vincoli contrattuali*" di cui al n. 3 dell'art. 2359, co.1, c.c., ma in essi non si esaurisce, potendosi al suo interno ricomprendervi qualsiasi altro rapporto idoneo ad instaurare un vincolo tra due o più imprese. Si noti, in proposito, che parte della dottrina non ritiene necessario, perché si realizzi un controllo esterno ai fini dell'applicazione della normativa antitrust, che esso abbia natura contrattuale potendosi concretare in un più generico rapporto di "dipendenza economica" tra l'una e l'altra impresa.

In sintesi, mentre la nozione ex art. 2359, co.1, n. 3 c.c. mira a configurare una categoria contrattuale che sia di ristretta interpretazione⁴⁴, l'art. 7 l. 287/90 e l'art. 3 reg. (CE) 139/2004 realizzano un'ipotesi dai confini aperti ed elastici, potenzialmente comprensiva di qualsiasi rapporto giuridico da cui si può desumere l'esistenza di un rapporto di dipendenza economica di un'impresa rispetto ad un'altra.

Si pensa che sia proprio a causa della connotazione ampia e generica assunta dalla categoria di controllo contrattuale, così come essa viene delineata dal diritto della concorrenza, che dottrina e giurisprudenza, concordemente, propendono per adottare un'interpretazione restrittiva della stessa. Così, anche al fine di discernere tale fattispecie dalla categoria delle intese restrittive, la dottrina ha tracciato i confini della nozione di controllo esterno, escludendovi tutti quei rapporti che incidono invece sulle condotte delle imprese coinvolte senza apportare alcuna modifica nella struttura delle stesse. Tali ipotesi possono piuttosto essere ricondotte nell'alveo delle intese restrittive, non avendo in sé insiti i presupposti perché possa applicarsi quel *favor* che il legislatore riserva alle operazioni di concentrazione⁴⁵.

⁴¹ La formulazione normativa disegna i confini di una categoria più ampia rispetto ai "*particolari vincoli contrattuali*" di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.

⁴² P. CENDON, *op. cit.*, p. 382.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Come si nota dall'utilizzo dell'aggettivo "*particolari*" con cui è probabile che il legislatore abbia inteso restringere la categoria di vincoli contrattuali idonei a determinare l'acquisto del controllo.

⁴⁵ P. CENDON, *op. cit.*, p. 382.

Orbene, una volta assunto che debba adottarsi un'interpretazione restrittiva rispetto al controllo c.d. esterno, si intende ora procedere con l'identificazione delle caratteristiche di cui un legame contrattuale (o extracontrattuale) deve esser adorno per essere considerato rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in materia di concentrazioni.

E' stato già in precedenza notato che l'acquisto del controllo è ravvisabile anche quando, in assenza di forme di proprietà e di godimento, il vincolo contrattuale dia vita ad “una struttura imprenditoriale con caratteristiche analoghe a quelle fondate sull'appartenenza diretta o indiretta dei mezzi produttivi. Quando cioè siano ravvisabili, in tutto o in parte, quegli elementi, di natura sia economica che giuridica, che spiegano l'adozione di diverse norme sostanziali e procedurali”⁴⁶.

Affinché un vincolo contrattuale sia idoneo a dar luogo ad una struttura imprenditoriale che abbia delle caratteristiche analoghe a quelle basate sulla proprietà dei mezzi produttivi, è fondamentale – e necessario – che tra le due imprese si instauri una forte comunione di interessi⁴⁷.

L'impresa controllante, pertanto, dovrebbe disporre di un potere di esercitare sulla concorrente un'influenza determinante che le consenta di indirizzare l'attività di quest'ultima nel proprio interesse⁴⁸ tale da giustificare che le vengano direttamente imputati gli effetti di una tale attività di etero – direzione. Qualora manchi tale interesse proprio⁴⁹, non sarebbe ravvisabile quello “*structural link*” determinante al fine di ricondurre la fattispecie nella categoria nell'ambito della disciplina in materia di concentrazioni (con tutti i benefici che questo comporta) piuttosto che in quella concernente le intese⁵⁰.

Perché ciò accada, pertanto, è necessario imporre criteri più rigidi – individuati per il controllo di fatto c.d. puro – anche alle ipotesi di controllo esterno. Così, la relazione di soggezione che si instaura tra due imprese dovrà avere i caratteri della stabilità e l'influenza dovrà riguardare, in generale, il momento di formazione della *voluntas* società controllata (dunque, la dimensione che concerne alla formazione delle decisioni e non esclusivamente la parte che attiene alla sua condotta concorrenziale)⁵¹.

In questo passaggio è apprezzabile la trasposizione della teoria del controllo c.d. di fatto all'ambito del diritto della concorrenza. Anche in questo caso sono condivisibili le conclusioni

⁴⁶ M. NOTARI, *op. cit.*, p. 380.

⁴⁷ P. CENDON, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁸ Anche se non necessariamente esclusivo.

⁴⁹ Il quale, invece, necessariamente persiste quando il soggetto controllante è un azionista della società controllata.

⁵⁰ P. CENDON, *op. cit.*, p. 384.

⁵¹ In quest'ultimo caso, infatti, sarebbe configurabile un'ipotesi di intesa o di pratica concordata.

cui si è giunti in ambito societario e che prevedono un'inclusione del controllo c.d. esterno nella dimensione interna della società.

Quanto appena sostenuto trova conferma nella prassi applicativa della Commissione europea la quale, nella Comunicazione sulla nozione di concentrazione, “disegna” una fattispecie di controllo esterno circoscritta ad ipotesi eccezionali in cui ad un dato legame contrattuale sia coniugato un legame strutturale tra le parti⁵².

3.2.1 Prassi applicativa

A sostegno dell'esistenza di una categoria autonoma di controllo contrattuale c.d. di fatto si annoverano una serie di pronunce della Commissione europea e dell'Autorità garante.

Infatti, in nessun caso si rinviene la circostanza per cui un mero rapporto contrattuale sia considerato attributivo di un'influenza determinante senza che ad esso non si accompagni anche un legame strutturale tra le imprese coinvolte⁵³.

L'ipotesi di un controllo instaurato sulla base di vincoli contrattuali tra due imprese è stata discussa, in relazione ai contratti di finanziamento e di franchising, nel caso *UBS/Mister Mint*⁵⁴, rispetto al quale la Commissione ha sostenuto che, non essendo state raggiunte le soglie di fatturato di cui all'art. 1, il regolamento CEE 4064/1989 non fosse applicabile. Nel caso di specie, ad una tale conclusione circa la consistenza del fatturato, l'Autorità era pervenuta escludendo che Mister Mint, controllasse le imprese dei propri franchisee e che quindi potesse esserle imputato il fatturato di queste ultime. Ad una tale conclusione la Commissione è giunta nonostante Mister Mint fosse proprietaria di tutti i beni strumentali utilizzati dai suoi *franchisee* per lo svolgimento della normale attività d'impresa.

Una decisione di senso opposto è stata, invece, adottata dalla Commissione nel caso *“Blokker/Toys'R'Us”*⁵⁵ in cui si è sostenuto che un contratto di franchising consentisse a Blokker di esercitare un'influenza determinante sulle attività di Toys'R'Us in Olanda. In questo caso, infatti, all'accordo si sommava l'operazione di acquisto da parte di Blokker di tutte le attività olandesi di Toys'R'Us, la quale contestualmente si ritirava dal mercato. In questo caso il controllo esterno poneva le sue basi sul duplice fondamento rappresentato dall'accordo di franchising e dall'esistenza di una pluralità di forti *“structural links”* tra le imprese interessate⁵⁶.

⁵² Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (96/C 66/02) par. 9.

⁵³ P. CENDON, *op. cit.*, p. 384.

⁵⁴ Caso No IV/ M.940.

⁵⁵ Caso No IV/ M.890.

⁵⁶ P. CENDON, *op. cit.*, p. 384.

Accertamento del controllo si è avuto anche nel caso “*Warner- Lambert Gillette*”⁵⁷, in cui la Commissione ha sostenuto che Eemland, che era il secondo operatore del mercato e disponeva di una forte esposizione debitoria nei confronti di Gillette (la quale rivestiva una posizione dominante nel settore e deteneva una partecipazione di minoranza nella concorrente), non poteva ignorare la dipendenza finanziaria che la legava a quest’ultima per operare una stima del futuro della propria attività imprenditoriale.

Anche entro i confini nazionali, si riscontrano numerosi casi in cui l’Autorità garante si è pronunciata a favore dell’esclusiva rilevanza del controllo c.d. contrattuale di fatto. Un caso particolare è rappresentato da quei contratti in forza dei quali un’impresa assume la programmazione delle sale cinematografiche di una concorrente. Tali particolari figure contrattuali rappresenterebbero l’unico caso in cui sarebbe suscettibile di realizzarsi un’ipotesi di concentrazione in assenza dell’esistenza di uno *structural link*. La motivazione che nel caso di specie viene addotta dall’ Autorità è l’idoneità di tale pratica – consistente nella programmazione di una sala cinematografica – a concorrere a determinare i risultati economici dell’attività⁵⁸.

La motivazione, tuttavia, non è apparsa convincente a gran parte della dottrina⁵⁹.

In proposito si noti che gli elementi su cui solitamente incide un’intesa (nel cui ambito si ritiene che dovrebbero essere ricondotte tali pratiche) consistono normalmente nel prezzo, nella quantità di beni prodotta, nella ripartizione geografica dei mercati o, comunque, in circostanze che concorrono a determinare i risultati economici dell’attività d’impresa⁶⁰.

A questo si aggiunga che, in una tale attività di programmazione delle sale cinematografiche, non sarebbero riscontrabili “quelle ragioni sostanziali e procedurali che stanno alla base della qualificazione di un’operazione come di concentrazione”⁶¹. Questa circostanza non giustificerebbe un comportamento più favorevole in quanto, qualora si accertasse tramite un giudizio *ex post* della fattispecie che questa sia lesiva della concorrenza, le imprese, nel ripristinare la situazione *ex ante* all’operazione, non incorrerebbero in costi ed oneri eccessivi o comunque parificabili a quelli che sorgerebbero in caso di fusione o acquisto di una partecipazione di controllo della società⁶².

⁵⁷ Caso No IV/ M.33440.

⁵⁸ Tosco Cinematografica/Astra e Tosco Cinematografica /Fiamma, provv. 11531, *Boll.*, 51-52/2002, “Medusa Film/Società gestioni Parco”, provv. 11443, *Boll.*, 48/2002, “Medusa/Astoria Monditel”, provv. 10510, *Boll.*, 10/2002, “Medusa Film/Movies”, provv. 10327, *Boll.*, 3/2002.

⁵⁹ P. CENDON, *op. cit.*, p. 385.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ P. CENDON, *op. cit.*, p. 385.

⁶² P. CENDON, *op. cit.*, p. 385.

Sulla scorta di tali considerazioni, la maggior parte della dottrina è concorde nel ritenere che l'ipotesi presenti i tratti dell'intesa e non sia pertanto idonea a smentire l'assunto secondo cui il controllo contrattuale, per integrare gli estremi di concentrazione, deve sempre accompagnarsi all'instaurazione di un legame strutturale tra le imprese interessate.

4. Conclusione

L'indagine sin qui svolta, circa la *ratio* e la struttura della fattispecie del controllo societario (ex art. 2359 c.c.) e la conformazione della nozione in materia antitrust (ex art. 7 l. 287/90⁶³), ha consentito di elaborare un impianto sistematico capace di trascendere dal singolo contesto del diritto societario o dalla disciplina di settore presa in esame.

La teoria assolutistica del controllo di fatto propone una nuova fattispecie di controllo unitaria nella sua struttura.

Si parte dall'assunto per cui i due elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. (*l'influenza dominante*⁶⁴ e *l'assemblea*⁶⁵) che, in virtù della loro collocazione non omogenea all'interno della disposizione, vengono utilizzati quali elementi discretivi dalla dottrina maggioritaria per la formulazione di tre categorie di controllo (il controllo c.d. interno di diritto - ex art. 2359, co. 1, n. 1 c.c. - il controllo c.d. interno di fatto - ex art. 2359, co. 1, n. 2, c.c.- ed il controllo c.d. esterno contrattuale - ex art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.), rappresentano in realtà gli strumenti unificanti di una fattispecie che può riassumersi nel n. 2 del primo comma dell'art. 2359 c.c. (il controllo c.d. di fatto).

Come in precedenza argomentato, infatti, il n. 1 dell'art. 2359, co.1, c.c. è interpretabile come mera presunzione dell'esercizio da parte di un socio di un'*influenza dominante* sulla partecipante. Così, anche il n. 3 del medesimo articolo, è suscettibile di essere ricondotto alla dimensione assembleare, cui, secondo l'attuale disposizione normativa, sembra estraneo. In merito, si è sostenuto che tramite "*particolari vincoli contrattuali*" sia suscettibile di instaurarsi un controllo diretto sugli amministratori (che alla stipula di tali contratti sono preposti) ed indiretto⁶⁶ sull'assemblea, in virtù del rapporto fiduciario che tra i due organi intercorre⁶⁷. In questa prospettiva i "*particolari vincoli contrattuali*" di cui al n. 3 dell'art. 2359, co.1, c.c.

⁶³ Mutuata dal modello europeo di cui all'art. 3 reg. CE 139/2004.

⁶⁴ Di cui si fa menzione esplicitamente al n. 2 ed al n. 3 dell'art. 2359, co. 1, c.c.

⁶⁵ All'assemblea si fa espresso riferimento esclusivamente rispetto alle ipotesi di controllo interno ex n. 1 e n. 2 dell'art. 2359, co.1, c.c.

⁶⁶ Per "interposta persona" (ex art. 2359, co. 2) che, in questo caso, si ritiene essere il socio che detiene la maggioranza in assemblea.

⁶⁷ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 175.

sarebbero interpretabili come circostanza di diritto⁶⁸ suscettibile di instaurare un'ipotesi di controllo di fatto.

In virtù di tale impostazione ermeneutica, il controllo societario sarebbe una fattispecie unica ed unitaria, riassumibile nel disposto del n. 2 dell'art. 2359, co.1, c.c.

Nell'ultimo capitolo del presente scritto si è argomentato che la medesima considerazione può svolgersi con riguardo alla nozione di controllo elaborata all'interno del diritto antitrust⁶⁹. Si è, in merito, operata una distinzione tra il controllo di fatto c.d. puro (di cui paradigmatica è la vicenda illustrata nel primo capitolo) e il controllo di fatto c.d. contrattuale (che trova, invece, sede nei casi da ultimo analizzati⁷⁰).

Così, nell'ambito del diritto della concorrenza la Commissione europea conferma quanto elaborato in merito al diritto societario, affermando che il controllo esterno non rilevi ai fini della disciplina in materia di concentrazioni se non quando il vincolo contrattuale sia coadiuvato da un "legame strutturale" che si *dimostri* idoneo a ricondurre l'ipotesi di controllo esterno ad una dimensione interna all'impresa.

In conclusione, l'analisi che parte da un caso paradigmatico in materia di controllo di fatto – il caso Vivendi – Tim – che per la sua complessità ha esortato ad indagare circa gli aspetti più contraddittori del fenomeno, trova la sua conclusione nell'elaborazione di uno schema sistematico che, come argomentato, si ipotizza sia applicabile sia al diritto societario che al diritto antitrust.

⁶⁸ Al pari dei patti parasociali che, pacificamente, vengono ricondotti dalla maggior parte della dottrina al n. 2 dell'art. 2359, co.1, c.c.

⁶⁹ Con le dovute differenze che la trasposizione dalla disciplina codicistica a quella di settore impone.

⁷⁰ Caso "*Blokker/Toys'R'Us*" (Caso No IV/ M.890); caso "*UBS/Mister Mint*" (Caso No IV/ M.940); caso "*Warner- Lambert Gillette*" (Caso No IV/ M.33440).

Bibliografia

- Agcom-Delibera N.178/17/CONS del 18 aprile 2017, reperibile su https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE_assetEntryId=7533934&_101_INSTANCE_FnOw5IVOIXoE_type=document.
- Agcom - IC41, Indagine conoscitiva sul sistema audiovisivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, reperibile su <https://www.agcm.it/dettaglio?db=C12564CE0049D161&uid=3DA69755C54A401CC1258098004EB09E&view=vw0201&title=IC41-INDAGINE%20CONOSCITIVA%20SUL%20SETTORE%20AUDIOVISIVO&fs=>.
- Alessi, Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato. Commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, 1991.
- Alvaro, Mollo, Siciliano, *Il voto di lista per la rappresentanza di azionisti di minoranza nell'organo di amministrazione delle società quotate*, in *Quaderni giuridici Consob* reperibile su <http://www.consob.it/documents/11973/201676/qg1.pdf/2dd45801-a4dd-482e-9759-37bd94f2b87a>
- Amaduzzi, *L'azienda nel suo sistema e nei suoi principi*, Torino, 1992.
- Angelici, *La società per azioni: principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu – Messineo – e Mengoni continuato da Schlesinger, *La società per azioni*, I, Milano, 2012.
- Angelici, *Le azioni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger Artt. 2348 e 2352, Milano, 1992.
- Angelici, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, 1985.
- Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Padova, 2001.
- Angelici, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 16, Torino, 1985.
- Associazione Disiano Preite, *Il diritto delle società*, Bologna, 2009.
- Banks, *Mergers and Partial Mergers under EEC Law*, in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1987.
- Berle jr, *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, 1954.
- Bertone, Notari, *Commento all'art. 2359 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari, Milano, 2008.
- Bianchi, *L'area del consolidamento nella VII Direttiva CEE nella prospettiva della sua attuazione in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1987.
- Bianchi, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990.

- Bianchi, *La nuova definizione di società “controllate” e “collegate”*, in *La nuova disciplina dei bilanci di società*, Torino, 1993.
- Bianchi, *Note sulla nozione di controllo nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. soc.*, 2011, 252 ss.
- Bocchini, *Bilancio d’esercizio, Diritto della contabilità delle imprese*, vol. 2, Torino, 2016.
- Busani, *Più partecipazione all’assemblea delle società*, in *Società*, 2010, 401 e ss.
- Bussoletti-La Marca, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010.
- Caiazzo, *Antitrust. Profili giuridici*, Torino, 2007.
- Campobasso, *Diritto Commerciale*, II, Torino, 2009.
- Campobasso, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi Venezia, 16-17-18 novembre 1995 a cura di Balzarini- Carcano- Mucciarelli, Vol. II, Milano, 1996.
- Carbonetti, *Commento all’art. 2359 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da D’Alessandro, Padova, 2010.
- Cariello, *Controllo congiunto e accordi parasociali*, Milano, 1997.
- Cassandro, *I gruppi aziendali*, Bari, 1969.
- Cendon, *Commentario al codice civile*, Milano, 2008.
- Cera, *Le società con azioni quotate nei mercati*, Bologna, 2018.
- Cerrai, *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milano, 1983
- Cerrai, *Le imprese editoriali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo – Portale, VIII, Torino, 1992, p. 383 ss.
- Cistaro, *Il mercato del controllo societario. Note per una teoria generale della libera concorrenza*, Padova, 2015.
- Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015.
- Colombo, Portale, *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992.
- Commission Staff Working Document, *Towards a more effective EU merger control*, 25 giugno, SWD (2013) 239 final.
- Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (96/C 66/02) reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A31989R4064>.
- Consob - *Consob informa – criteri per la determinazione del controllo di fatto*, in *Notiziario settimanale - anno VII – n. 43 del 5 novembre 2001*.
- Consob - Comunicazione n. 0106341 del 13 settembre 2017 reperibile su <http://www.consob.it/documents/46180/46181/c0106341.pdf/b4057d38-fe9e-4329-9719-8f159420a528>.
- Consob - Comunicazione n. DEM/3074183 del 13 novembre 2003 reperibile su <http://www.consob.it/documents/46180/46181/c3077483.pdf/ab21a8d1-5bb4-4473-8bd4-45bc684a6277>.
- Corapi, *In tema di interpretazione delle nozioni di concentrazione e controllo nella legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, p. 532.

- Corapi, *Commento all'art. 2359 c.c.*, in *Codice commentato delle società* a cura di Salafia – Marziali – Corapi, Milano, 2003.
- Cossu, *Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Delle società di interesse nazionale*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018.
- Costi, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 33 ss.
- Cottino, *Diritto societario*, Padova, 2006.
- D'Alessandro, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA. VV., *La disciplina dei gruppi di società nella "novella" del 1974*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1978.
- D'Alessandro, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in AA. VV., *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996.
- Donativi, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, in *Quad. di Giur. Comm.*, Milano, 1990.
- Donativi, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014, II, pp. 765-789.
- Donvito, *Commento all'art. 2359 c.c.*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009.
- Gabrielli, *Commentario del codice civile*, Torino, 2018.
- Galgano, *Commento all'art. 2497quater c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna, 1982.
- Galgano, *La società per azioni*, in *Trattato di Diritto Commerciale di diritto Pubblico dell'economia* diretto dal medesimo, Padova, VII, 1988.
- Galgano, Ghenghini, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Volume ventinovesimo, Tomo I, Padova, 2004.
- Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile* Scialoja – Branca a cura di Galgano, Bologna, 2014.
- Ghezzi, *Amministratori. Artt. 2380-2396*, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari, Milano, 2008.
- Ghezzi, Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2013.
- Ghezzi, Pini, *Partecipazioni di minoranza e disciplina europea delle concentrazioni tra imprese (Osservazioni sulle proposte di ampliamento dell'ambito di applicazione del Regolamento n. 139/2004)*, in *Riv. Soc.* 2014.
- Ghidini, Cavani, Di Porto, Falce, Mergati, Panucci, Tajana, *L' Antitrust italiano. Le regole della concorrenza*, Milano, 2003.
- Grande Stevens, *Società controllate e collegate – rappresentanza in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1974, 802 ss.
- Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1962.
- Grippo, *Commentario delle società*, Torino, 2009.
- Guerra, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n.1/2003*, Torino, 2005.
- Guizzi, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA. VV., *Diritto delle società – manuale breve*, Milano, 2005, 332 ss.
- Guizzi, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2018.

- Irti, *Metodo sistematico e leggi speciali (ovvero Del diritto come ricerca)*, in *La sistematica giuridica, Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Treccani, 1991, pp. 295 ss.
- Jaeger, Marchetti, *Corporate governance*, in *Giur. Comm.*, I, 1997, 625 ss.
- Jaeger, *I “gruppi” tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 916 ss.
- Lamandini, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 218 ss.
- Lamandini, *Il controllo*, in *Giur. Comm.*, Milano, 1995.
- Lamandini, *Qualche spunto esegetico sulla nozione di “controllo” ai fini del consolidamento integrale*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996.
- Lamandini, *Commento all’art. 2359 c.c.*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini – Stagno D’Alcontres, Napoli, 2004.
- Lamandini, *Commento all’art. 2497 sexies*, in *Le società per Azioni*, diretto da Abbadessa – Portale, tomo II, 2016.
- Libertini, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, 2014.
- Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Cian – Trabucchi, Padova, 2017.
- Marchetti, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992.
- Marchetti, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996.
- Mangini, Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2013.
- Mezzacapo, *La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004.
- Moavero Milanese, *Antitrust e concentrazioni fra imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1992.
- Mollo, Montesanto, *Il controllo societario nel Testo unico della finanza, Problemi e prospettive di riforma*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2015.
- Montalenti, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, 624 ss.
- Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.* 2007, pp. 317 ss.
- Mosca, *Attivismo degli azionisti, voto di lista e “azione di concerto”*, in *Riv. Soc.* 2013, pp. 118 ss.
- Mosco, *Il controllo tramite il sindacato di voto: uno studio empirico*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del Convegno Internazionale di Studi, Milano, 1996, vol. III, pp. 1651-1671.
- Mosco, *Le società quotate. Casebook*, Bari, 2018.
- Musso, *Il controllo societario mediante particolari vincoli contrattuali*, in *Contratto e impresa*, Padova, 1995.
- Notari, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, Milano, 1996.
- Notari, *Commento all’art. 7, l. 287/90*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di Marchetti – Ubertazzi, IV edizione, Padova, 2016.
- Nuzzo, *L’abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell’esercizio del voto*, Torino, 2003.
- Olivieri, *Minority shareholdings e controllo delle concentrazioni: Nihil sub sole novi?*, in *Rivista italiana di Antitrust*, art. n. 1, 2014.

- Oppo, *Diritto delle società e attuazione della II Direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, Riv. Dir. civ., 1986, I.
- Osti, *Commento agli artt. 5-7*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani – Pardolesi – Patroni Griffi – Ubertazzi, Bologna, 1993.
- Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, p. 117.
- Pace, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.
- Palazzolo, Visentini, *Compendio di diritto commerciale*, Padova, 2014.
- Pamolli, Cambini, Giannaccari, *Le politiche di liberalizzazione e concorrenza*, Bologna, 2007.
- Pasteris, *Il “controllo” nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957.
- Pavone La Rosa, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo, Portale, II, Torino, Utet, 1994, 582.
- Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in Riv. soc., 2003, 765 ss.
- Picciau, sub art. 2497 sexies, in G. Sbisà, *Direzione e coordinamento di società, Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari, Milano, 2012.
- Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, vol. I.
- Rescio, *I sindacati di voto*, Torino, 1994.
- Ruperto, *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina*, a cura di Delli Priscoli – Rordolf, Milano, 2012.
- Salandra, *I diritti degli azionisti di minoranza nelle società controllate*, in Riv. Dir. Comm., II, 1935.
- Sbisà, *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991 n. 127*, in Riv. soc., 1992.
- Sbisà, *Commento all’art. 2359 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja – Branca, Bologna, 1997.
- Sbisà, *Direzione e coordinamento*, Modena, 2014.
- Scandizzo, *Il mercato e l’impresa: le teorie e i fatti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Buonocore, Torino, 2002.
- Schiuma, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997.
- Scognamiglio, *I gruppi di società*, reperibile su http://elearning2.uniroma1.it/pluginfile.php/113100/mod_resource/content/1/Gruppi%20di%20società%20.pdf.
- Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.
- Scognamiglio, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, IV, Bologna, 2004.
- Sparano, *Nozione di controllo*, in *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori* diretto da Cassano – Catricalà – Clarizia, Torino, 2018.
- Spolidoro, *La disciplina antitrust in Italia*, in Riv. Soc. vol. 35, 1990.
- Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in Riv. soc., 1995.
- Stella Richter jr, *“Trasferimento del controllo” e rapporti tra soci*, Milano, 1996.
- Susanna, *Osservazioni in tema di controllo congiunto e relativa necessaria “formalizzazione” nel testo unico partecipate pubbliche*, in Riv. Soc., 2019.
- Todino, Fattori, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2009.
- Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.
- Tombari, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di Cagnasso – Panzani, Bologna, 2010.

- Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016.
- Vettori, *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005.
- Visentini, *La rilevanza della partecipazione a sindacati di voto nella configurazione del gruppo SIM*, *Riv. Soc.*, 1991.
- Visentini, *L'amministrazione della società per azioni*, in *Collana Professionale del diritto commerciale diretta da Visentini*, Roma, 2016.
- Visentini, Palazzolo, *Manuale di diritto commerciale*, in *Collana Professionale del diritto commerciale diretta da Visentini*, Roma, 2017.
- Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 1970.

Articoli:

- F. Capozzi, *Vivendi diventa azionista di Telecom. Bolloré: "Felice di investire in Italia" del 19.9.2014*, 2014, reperibile su <https://www.ilfattoquotidiano.it/2014/09/19/vivendi-vende-gvt-e-diventa-azionista-di-peso-telecom/1126208/>.
- E. De Luise, *Controllo societario e golden power: il caso Vivendi-Tim*, del 14.10.2017, 2017, reperibile su <https://www.iusinitinere.it/controllo-societario-golden-power-caso-vivendi-tim-5354>.
- M. Mattia, *Il controllo di fatto di Vivendi su Tim. Sintesi della comunicazione Consob n. 0106341 del 13-09-2017 in merito alla qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom S.p.A.*, in *Cammino Diritto Rivista di informazione giuridica*, 28 settembre 2017, reperibile su https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/2412_9-2017.pdf.
- P. Saccò, *Telecom. Lo scontro tra Elliot e Vivendi è rimandato* del 22 aprile 2018, 2018, reperibile su <https://www.avvenire.it/economia/pagine/nella-sfida-per-tim-ci-che-conta-la-rete>.

Giurisprudenza

Giurisprudenza italiana:

- Corte Costituzionale sentenza n.112/1993.
- Corte Costituzionale sentenza n.826/1988.
- Corte di Cassazione civ., sez. I, 30-04-2014, n.9475.
- Corte di Cassazione civ., sez. II, 03-05-2017, n. 10726.
- Corte di Cassazione civ., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 360.
- Corte di Cassazione civ., 21 maggio 1988, n. 3544, in *Giur. Comm.* 1989, II, p. 203.
- Corte di Cassazione civ., 28 marzo 1996, n. 2850, in *Società*, 1996, p. 1397.
- Consiglio di Stato, sez. IV, 04-03-2014, n.1020.
- Sentenza del Tribunale di Milano n. 42294-1/2013 del 20 dicembre 2013.
- Sentenza del Tribunale di Milano n. 13179/2014 del 23 ottobre 2014.
- Sentenza del Tribunale di Milano n. 13636 del 14 dicembre 2016.
- Sentenza del Tribunale di Palermo del 3 giugno 2010.
- Sentenza del Tribunale di Roma, sez. III, del 22 gennaio 2014.
- Sentenza del Tribunale di Palermo, 03-06-2010.

Giurisprudenza americana:

Standard Oil of New Jersey v. Rockfeller, 221 U.S. 1.

Giurisprudenza europea:

Sentenza della Corte di giustizia, sentenza del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. c. Commissione*.

Sentenza della Corte di Giustizia del 17 novembre 1987, cause riunite 142 e 156/84, *British American Tobacco Company Ltd. E R.J. Reynolds Industries Inc. c. Commissione*.

Sentenza del Tribunale di primo grado UE, 6 luglio 2010, T-411/07; *Ryanair/Aer Lingus*.

Decisioni della Commissione europea:

Caso No IV/M.286.

Caso No IV/M.616.

Caso No IV/ M. 865.

Caso No IV/ M.890.

Caso No IV/ M.940.

Caso No COMP/M. 4439.

Caso No COMP/M. 6663.

Caso No IV/ M.33440.