

Società

Le fattispecie legislative di controllo nelle società di capitali **Tofani Cristiano Augusto, De Ficchy Francesco**

Sommario: 1. Nozione di controllo. – 2. La fattispecie codicistica del controllo. - Segue: il controllo di diritto. - Segue: il controllo di fatto. - Segue: Il controllo congiunto. - Segue: il controllo negoziale. – 3. La nozione di controllo rilevante per il diritto contabile – 4. La nozione di controllo rilevante per il diritto antitrust. – 5. La nozione di controllo rilevante nel t.u.b. – 6. La nozione di controllo rilevante nel t.u.f. - 7. La nozione di controllo rilevante nella legge sull'editoria.

1. Nozione di controllo.

L'ordinamento italiano conosce una moltitudine di nozioni di controllo, declinate dalla disciplina codicistica e da quelle settoriali. La dottrina ha da sempre tentato di ricostruire una nozione unificante dell'istituto del controllo nelle società di capitali senza tuttavia riscontrare una linea coerente, sebbene le diverse fattispecie di controllo risultino avere tratti comuni. Il legislatore risulta infatti mancante di coerenze sul tema, forse volutamente, dovendo formulare locuzioni sempre diverse funzionalizzate ai diversi scopi perseguiti (sebbene la legislazione di settore si riferisca costantemente alla nozione del controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.). Inoltre, con la riforma del 2003, il legislatore lascia all'interprete libertà sulla definizione di gruppo di imprese, non riscontrandosi nell'art. 2497 c.c. una soluzione sull'individuazione degli elementi giuridici su cui si sostanzia la direzione e coordinamento.

Il sopramenzionato art. 2359 c.c. non esaurisce le tipologie (rectius nozioni) di controllo presenti nell'ordinamento giuridico italiano. La legislazione di settore pone discipline speciali inerenti ai più diversi ambiti. Senza pretesa di esaustività ricordiamo la nozione di controllo

prevista ai sensi dell'art. 23 Decreto legislativo del 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d'ora in poi t.u.b.) e dell'art. 93 Decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, d'ora in poi t.u.f.), dall'art. 26 Decreto legislativo 9 aprile 1991 n. 127 (Attuazione delle Direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge del 26 marzo 1990, n. 69), dall'art. 1, legge del 5 agosto 1981, n. 416 (Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali, d'ora in poi legge sull'editoria), dall'art. 7, legge del 10 ottobre 1990, n. 287 (legge antitrust), nonché dall'Allegato 1 Regolamento Consob Operazioni con parti correlate (adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010).

2. La fattispecie codicistica del controllo.

Ai fini dell'analisi del controllo, l'art. 2359 c.c., come da ultimo modificato con Decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, rappresenta una norma avente attitudine generale per il tema del controllo societario, dati anche i numerosi richiami della legislazione di settore alla suddetta norma codicistica.

Ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c. (1), l'ordinamento prevede tre tipologie di controllo, ovvero di società controllate:

- (i) di diritto (quando un'altra società dispone della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria);
- (ii) di fatto (quando un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante sull'assemblea ordinaria); (iii) negoziale (quando il dominio di una società verso un'altra dipende da particolari vincoli contrattuali intercorrenti tra le stesse).

A differenza che nei primi due casi, nel controllo negoziale non rileva l'esercizio dello stesso in modalità indiretta (e.g. tramite voti a disposizione di altre società controllate, società fiduciarie o interposte persone). Diversa è invece l'ipotesi prevista ai sensi dell'art. 2359, comma 3, c.c., che qualifica quali società collegate le società in cui un'altra esercita un'influenza notevole, identificata nella facoltà di esercitare in assemblea ordinaria almeno un quinto dei voti, oppure un decimo se si tratta di società con azioni ordinarie quotate in mercati regolamentati.

Tuttavia, l'art. 2359 c.c. seppur rilevando quale norma centrale nel nostro sistema legislativo, restringe la sua portata alle relazioni di controllo che vedano come soggetti attivo e passivo solo le società (2). La presunta centralità è quindi messa in discussione laddove altre normative di settore prevedano formule più ampie atte a ricomprendere tutte le imprese in qualsiasi forma esercitate (e.g. la nozione di controllo ai fini antitrust, ai sensi degli artt. 5 e 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 o le nozioni di controllo rilevanti a fini contabili, o ancora l'art. 93 t.u.f. e l'art. 23 t.u.b., che dal lato attivo e passivo possono presentare la possibilità di ricomprendersi soggetti diversi dalle società per azioni).

Segue: il controllo di diritto.

In primis è intenzione dell'interprete distinguere il controllo di diritto da quello di fatto. Il primo è la configurazione pratica più evidente attraverso la quale il dominio dell'impresa controllata (ma in definitiva anche la direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.) è assoggettata all'indirizzo impresso dal socio maggioritario: vale a dire il caso in cui una società "dispone" direttamente o in via indiretta (tramite cioè altre società controllate, società fiduciarie o per interposta persona) della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società.

Pertanto, il controllo di diritto si fonda precisamente sull'esercizio della maggioranza dei voti in sede di assemblea ordinaria deliberante nelle materie ai sensi dell'art. 2364 c.c. (nelle società di capitali che adottano il modello tradizionale e monistico di *corporate governance*) e dell'art. 2364-bis c.c. (nelle società che adottano il modello dualistico di *corporate governance*). In ogni caso il controllo passa attraverso la capacità di nominare e revocare l'organo amministrativo.

Lo statuto tuttavia, può prevedere diverse modalità di esercizio del potere gestionale. Ad esempio, gli amministratori possono essere tenuti a sottoporre all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria la deliberazione sulle questioni gestionali più significative, autorizzazione per la quale potrebbe essere richiesto un quorum superiore a quello ordinario valevole per la nomina degli amministratori. Di conseguenza in casi come quello prospettato, la constatazione del controllo può richiedere l'individuazione del peso effettivo di ogni socio in assemblea, mediante l'analisi di pattuizioni organizzative o parasociali.

Segue: il controllo di fatto.

Il controllo di fatto invece attiene all'ipotesi in cui il controllo sull'impresa è esercitato, pur sempre in forza del possesso azionario diretto o indiretto, con una percentuale diversa da quella maggioritaria. La struttura di questa ipotesi di controllo non posa dunque sulla maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria, bensì su un numero di voti ritenuto sufficiente caso per caso ad esercitare un'influenza dominante sulla stessa (3).

Tale ipotesi descrive un fenomeno economico assai complesso e trova la sua maggiore espressione in società con azioni quotate in mercati regolamentati. Il controllo di fatto è per definizione contendibile, ma perché possa definirsi controllo, necessita che l'influenza dominante sia continua e stabile e dotata di un sufficiente grado di certezza: il pacchetto di voti deve essere, come testualmente richiesto dalla norma, "sufficiente" ad esercitare il controllo benché in assoluto risulti minoritario. Pertanto, al fine della realizzazione della fattispecie, è necessario che ricorrano circostanze ulteriori qualificate come fattori di potenziamento della partecipazione azionaria quali, *inter alia*: il frazionamento del capitale e l'assenteismo degli azionisti, i patti parasociali e le clausole statutarie.

Segue: Il controllo congiunto.

Esistono poi altre situazioni in cui il controllo viene esercitato da una pluralità di soggetti che, per effetto di accordi tra essi intercorrenti, possono realizzare un'influenza dominante. Tale ipotesi, definita di «controllo congiunto», è stata però ritenuta dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza (Tribunale di Milano, sentenza del 19 dicembre 1986) estranea alla fattispecie disciplinata dall'art. 2359 c.c., in quanto si ritiene che quest'ultima si riferisca esclusivamente ad un controllo «monocratico».

In altri casi ancora si è parlato di «controllo misto» (Tribunale di Torino, sentenza del 9 febbraio 1988) e tale è stato ritenuto il controllo esercitato in parte attraverso azioni direttamente possedute dalla controllante e in parte attraverso azioni delle quali la controllante medesima disponga indirettamente. Tuttavia, non si riscontra una uniformità interpretativa che accetti la rilevanza codicistica del fenomeno del controllo congiunto. La linea interpretativa che ne ammette la rilevanza considera l'istituto del controllo congiunto disciplinato in settori specifici dell'ordinamento suscettibile di applicazione generale.

Dal punto di vista tipologico, la fattispecie si risolve in un reciproco potere di veto dei controllanti ma l'influenza dominante plurima potrebbe atteggiarsi anche in termini positivi, di dominio attivo congiunto, sebbene in definitiva la fattispecie in parola si risolve in fin dei conti in un equilibrio di controllo dato dal potere di veto di cui dispongono i controllanti.

Le argomentazioni degli autori che negano la rilevanza del controllo congiunto ai sensi dell'art. 2359 c.c. muovono dalla constatazione della compatibilità della modalità congiunta con la fattispecie della direzione e coordinamento e ravvedono l'incompatibilità dell'esercizio congiunto con la fattispecie di controllo. Tuttavia, anche non volendo riconoscere valore di controllo a tale fenomeno, esso costituisce, congiuntamente ai reciproci poteri di veto riscontrati in assemblea, lo sfondo politico di ogni accordo per il controllo della società.

Segue: il controllo negoziale.

Accanto alle ipotesi descritte, nelle quali il denominatore comune è dato dalla circostanza che il controllo societario è comunque ottenuto tramite l'esercizio del diritto di voto in assemblea ordinaria, il legislatore considera la fattispecie in cui l'influenza dominante su un'altra società è conseguita in virtù di particolari rapporti contrattuali, che pongono una società in una situazione obiettiva di dipendenza economica tale da condizionarne esistenza e sopravvivenza (come nel caso in cui una società fornisca ad un'altra materie prime commerciate in esclusiva e non facilmente sostituibili con altre). Diversa è l'ipotesi del c.d. contratto di dominazione, tradizionalmente ritenuto nullo, col quale si attribuisce ad una società il diritto di esercitare influenza dominante su un'altra, che si obbliga perciò ad agire secondo gli ordini ricevuti, anche se questi possano arrecarle danno (4).

Il controllo negoziale sopprime dall'esterno l'autonoma direzione della società controllata. Parte della dottrina ritiene che non sia sufficiente un dominio della società, ma necessario di nuovo che sia nel potere della controllante di vincolare le decisioni assembleari (al fine di ricondurre il controllo negoziale ai presupposti previsti ai sensi dei punti uno e due dell'art. 2359 c.c.). Invero, fonte dell'influenza dominante è il contratto che può dar luogo a controllo esterno, con la precisazione che tale contratto debba essere caratterizzato da effetti particolari e non meramente naturali alla funzione economica degli stessi (quali, inter alia, i contratti di agenzia; fornitura esclusiva, commissione, concessione; *franchising*, licenza di brevetto; *know how*; finanziamento).

3. La nozione di controllo rilevante per il diritto contabile.

La nozione di controllo rilevante per il diritto contabile ha come funzione principale quella di individuare la c.d. area di consolidamento, quindi quella relazione fra imprese rilevante ai fini dell'applicazione degli obblighi contabili previsti per i gruppi imprenditoriali. In particolare, l'obbligo principale dal punto di vista contabile che grava sui gruppi di imprese è quello di redigere il bilancio consolidato (materia oggi regolata ai sensi del Decreto legislativo del 9 aprile 1991, n. 127, che prevede la normativa di attuazione della Settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati).

Ad arricchire il quadro normativo si aggiungono i principi contabili internazionali IAS / IFRS, recepiti nel nostro ordinamento dal Decreto legislativo del 28 febbraio 2005, n. 38. Le imprese soggette all'applicazione dei principi IAS / IFRS così recepiti sono, in sintesi: le società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati di qualsiasi Stato dell'Unione Europea; le banche, le società di gestione del risparmio, le società di intermediazione mobiliare, le società di assicurazione e in generale le società escluse dalla facoltà di redigere il bilancio in forma abbreviata a norma dell'art. 2435-bis c.c..

Tali principi IAS / IFRS prevedono una fattispecie di controllo ad hoc, alla quale è subordinata l'applicazione dei principi internazionali in punto di bilancio consolidato. Condizione quindi delle regole dettate in materia di consolidamento è la realizzazione della fattispecie di controllo per come delineata dai principi stessi. Tale fattispecie di controllo è disciplinata dai IFRS 10 e 11 (dedicati al controllo di diritto, di fatto e al controllo congiunto) recepiti dal Regolamento (UE) n. 1254/2012 della Commissione, in vigore dal primo gennaio 2014.

L'IFRS 10 prevede in primo luogo una definizione generale di controllo fondata su tre caposaldi: (i) potere sull'entità oggetto di investimento; (ii) esposizione o diritti a rendimenti variabili derivanti da rapporto con l'entità oggetto di investimento; (iii) capacità di esercitare il proprio potere sull'entità per incidere sull'ammontare dei suoi rendimenti. In secondo luogo, l'IFRS 10 prevede una definizione generale di potere, ovvero la capacità attuale di dirigere le attività rilevanti, intendendosi per attività rilevanti quelle attività che incidono in maniera significativa sui rendimenti (e.g. la gestione di attività finanziarie, la definizione di

una struttura di finanziamento...). La fonte del potere può essere sia partecipativa che amministrativa, fondata su diritti di voto o su diritti che consentano all'investitore di nominare e revocare dirigenti apicali della società.

L'IFRS 10 prevede inoltre una nozione di controllo di fatto (al paragrafo B38), definito come controllo fondato su una quantità inferiore alla maggioranza dei diritti di voto di una partecipata e potenziato da: un accordo contrattuale fra investitore e altri titolari di diritti di voto, diritti derivanti da altri accordi contrattuali, diritti di voto dell'investitore, diritti di voto potenziali o da una combinazione dei fattori elencati. L'IFRS 11 invece definisce il controllo congiunto quale: la condivisione su base contrattuale del controllo, che ricorre esclusivamente quando per le decisioni relative alle attività rilevanti è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

4. La nozione di controllo rilevante per il diritto antitrust.

Il nostro ordinamento prevede una nozione espressa di controllo ai fini antitrust ai sensi dell'art. 7, legge del 10 ottobre 1990, n. 287 (d'ora in poi legge antitrust). Tuttavia, non è possibile ricostruire una nozione di controllo unitaria nell'ambito della legge antitrust, ma deve essere trovata per ognuno dei seguenti fini:

- (i) nell'ambito delle operazioni di concentrazione, l'individuazione del gruppo entro cui calcolare il fatturato delle imprese interessate (ai fini del calcolo della soglia oltre la quale scatta l'obbligo di notifica ai sensi dell'art. 16 legge antitrust);
- (ii) l'individuazione del gruppo cui imputare la posizione di mercato al fine di valutare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante ai sensi dell'art. 6 legge antitrust a seguito di concentrazione;
- (iii) l'individuazione delle imprese destinataria del divieto delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante.

Pertanto, la definizione di controllo è funzionale ad individuare le imprese parti di una intesa restrittive per valutarne l'impatto concorrenziale e per individuare il gruppo in posizione dominante sul mercato per accertarne il carattere abusivo.

Tuttavia, la nozione di controllo formulata dall'art 7 legge antitrust risulta maggiormente connessa con la nozione di concentrazione formulata all'art. 5 legge antitrust, che prevede fra i fenomeni suscettibili di produrre un effetto concentrativo, appunto, l'acquisto del controllo di

un'impresa da parte di altra. La norma sul controllo dispone in primo luogo il rinvio all'art. 2359 c.c. nella sua globalità (dovendosi ritenere dunque rilevante per il diritto antitrust anche il controllo negoziale), e successivamente prevede una clausola generale di (presunzione di) controllo: "si ha controllo...in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscano, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa".

La norma di seguito enuncia (esemplifica) gli strumenti attraverso cui può essere conseguita la possibilità di esercitare un'influenza determinante, che sono:

- a) diritti di proprietà o godimento sulla totalità o parti del patrimonio di un'impresa (controllo c.d. oggettivo);
- b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscano un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni, o sulle decisioni degli organi di un'impresa (controllo c.d. oggettivo).

Il controllo si intende intestato a chi sia titolare dei diritti o beneficiario dei contratti o ai soggetti degli altri rapporti giuridici così sopramenzionati dalla norma; oppure a chi, pur non essendo titolare o beneficiario dei diritti o dei contratti o soggetto dei rapporti abbia comunque il potere di esercitare i diritti che ne derivano.

5. La nozione di controllo rilevante nel t.u.b.

La nozione di controllo nel t.u.b. è prevista dall'art. 23 che si richiama in primis all'art. 2359 c.c., specificando tuttavia che dal punto di vista soggettivo la fattispecie non si riferisce in via esclusiva alle società. Inoltre, a norma dell'articolo in esame il controllo si configura in presenza di contratti o clausole statutarie che abbiano ad oggetto od effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento.

Il comma 2 dell'art. 23 t.u.b. prevede infine una serie di presunzioni di sussistenza della relazione di controllo aventi valore per lo più esemplificativo e di ausilio all'interprete, quali:

- n. 1) la presenza di un soggetto che in base ad accordi con altri soci ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza, ovvero dispone autonomamente della maggioranza dei voti in assemblea ordinaria al fine di porre in essere le deliberazioni di cui agli artt. 2365 e 2464-bis c.c.;

- n. 2) il possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina e la revoca della maggioranza degli amministratori o dei membri del consiglio di sorveglianza;
- n. 3) la sussistenza di rapporti, anche fra soci, di carattere finanziaria od organizzativo, idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: trasmissione di utili o perdite, coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune, l'attribuzione di poteri maggiori di quelli derivanti dalle partecipazioni possedute, l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità delle partecipazioni di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti di imprese;
- n. 4) l'assoggettamento a direzione comune in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi.

Tali esemplificazioni poste dall'art. 23 comma 2 t.u.b. hanno la caratteristica di ricomprendere tutte le fattispecie possibili di fenomeni di controllo, con una tecnica legislativa lontana dal rigore terminologico e dalla sintesi concettuale che si riscontrano nell'art. 2359 c.c.. In particolare, dal punto 3) dell'art. 23, comma 2 t.u.b., si ricava la maggiore portata innovativa, facendo riferimento a generici rapporti, anche fra soci, di carattere finanziario od organizzativo idonei a conseguire gli effetti definiti dallo stesso punto 3). La norma enuncia quindi fenomeni nell'ottica di una "parasocialità" più estesa rispetto che ai meri accordi sull'esercizio di voto in sede di assemblea ordinaria.

A completezza dell'analisi, anche in questa sede si rileva che il controllo (o l'influenza dominante) consiste nel potere di uno o più soci di approvare le delibere di cui agli artt. 2364 e 2364-bis c.c. relative alla nomina ed alla revoca della maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza della società.

6. La nozione di controllo rilevante nel t.u.f.

La nozione di controllo disciplinata dall'art. 93 t.u.f. è strumentale all'applicazione di numerose disposizioni della stessa legge che disciplinano aspetti delle società con azioni quotate in mercati regolamentati. Dalla presenza di una situazione di controllo compatibile con quella descritta dalla norma in esame discende l'applicazione dei seguenti articoli del t.u.f.:

art. 114 sulle informazioni privilegiate; art. 122 sui patti parasociali;

art. 121 sulle partecipazioni reciproche e art. 132 sull'acquisto di azioni proprie;
art. 146-quinquies e art. 148 sui requisiti di indipendenza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo;
art. 150 e ss. sui doveri dei sindaci e degli amministratori; art. 95 sull'appello al pubblico risparmio;
art. 101-bis, comma 4, sull'azione di concerto, art. 106, comma 5 sull'OPA obbligatoria.

La rilevanza della nozione ai sensi dell'art. 93 t.u.f. è quella di individuare il controllo nelle società con azioni quotate in mercati regolamentati, in via di eccezione rispetto al controllo di diritto societario previsto dall'art. 2359 c.c.

Oltre al rinvio alle previsioni dell'art. 2359 c.c., l'art. 93 t.u.f. prevede due fattispecie specifiche: il controllo in virtù di un contratto o di una clausola statutaria ed il controllo che ricorre quando un socio, in base ad accordi con altri soci, dispone da solo di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante in sede di assemblea ordinaria. In tale ultima ipotesi, l'art. 93 t.u.f. prevede in sostanza un'ipotesi di controllo di fatto discendente da accordi con altri soci, definibili come fattori di potenziamento della partecipazione del socio di controllo (tali accordi possono essere qualificati quali patti parasociali, in particolare i sindacati di voto).

Quanto all'elemento soggettivo della fattispecie, ci si riferisce a "qualsiasi soggetto" dal lato attivo ed "imprese" dal lato passivo. Parte della dottrina privilegia un'interpretazione onnicomprensiva dal punto di vista soggettivo della norma in esame, in ossequio ad un supposto favor dell'ordinamento per l'estensione della normativa finanziaria a tutela del principio di trasparenza dell'informativa societaria.

7. La nozione di controllo rilevante nella legge sull'editoria.

La nozione di controllo prevista dalla legge sull'editoria, ai sensi dell'art. 1 ultimo comma, adotta per certi aspetti la stessa tecnica normativa dell'art. 23 t.u.b. Innanzitutto, ricorre il consueto richiamo all'art. 2359 c.c., in questo caso effettuato alla norma codicistica nella sua globalità (l'art. 93 t.u.f. e l'art. 26 del Decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127 limitano il richiamo ai punti 1) e 2) del primo comma, mentre l'art. 23 t.u.b. richiama specificamente i commi 1 e 2).

In seguito prevede, come elementi presuntivi dell'influenza dominante "di cui all'art. 2359 c.c.", rapporti di carattere finanziario od organizzativo che consentono:

- a) la comunicazione degli utili o delle perdite;
- b) il coordinamento della gestione dell'impresa editrice con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune o ai fini di limitare la concorrenza tra le imprese stesse;
- c) una distribuzione di utili o delle perdite diversa, quanto ai soggetti o alla misura, da quella che sarebbe avvenuta in assenza dei rapporti stessi;
- d) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dal numero delle azioni o delle quote possedute;
- e) l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta degli amministratori, dei dirigenti delle imprese editrici nonché dei direttori delle testate edite.

I fenomeni menzionati alle lettere a), e), con la sola esclusione della lett. c), sono previsti anche dall'art. 23 t.u.b. primo comma numero 3) e in entrambi i casi si presentano come sintomi in primo luogo della direzione, della capacità di influire, in base a rapporti di carattere finanziario od organizzativo, sulla gestione dell'impresa, sull'attività imprenditoriale e sulle determinazioni dirigenziali. Quindi, idonei a far presumere il controllo nella forma dell'influenza dominante.

Quanto al soggetto controllante dell'impresa editoriale, esso può essere persona fisica, società in nome collettivo, in accomandita semplice, società a responsabilità limitata, società per azioni, in accomandita per azioni e società cooperativa. Quando si tratta di società per azioni o società a responsabilità limitata, rispettivamente le azioni o le quote devono essere intestate a persone fisiche, società in nome collettivo, in accomandita semplice o a prevalente partecipazione pubblica. È possibile intestare le predette azioni o quote a società per azioni o in accomandita per azioni, tuttavia, il controllo di queste deve essere detenuto da persone fisiche o da società direttamente controllate da persone fisiche.

L'art. 43 del Testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici, a seguito del richiamo ordinario all'art. 2359 c.c., riproduce pedissequamente l'art. 23 t.u.b. nella menzione analitica delle situazioni ritenute sintomatiche di controllo (art. 43 comma 15 lett. a)) e delle situazioni che, in concreto riconducibili alla direzione unitaria, sono in queste norme ritenute spie del controllo.

Sia nell'art. 23 t.u.b. che nel comma 15 dell'art. 43 del Testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici compare la presunzione di controllo da rapporti organizzativi o finanziari volti a conseguire l'effetto dell'assoggettamento a direzione comune, che può derivare anche da caratteristiche della composizione degli organi amministrativi o per altri significativi e qualificati elementi.

La disposizione appare come clausola di chiusura del sistema in relazione al concetto di direzione e coordinamento che, grazie a questa formulazione di tipo aperto, riconferma la sua attitudine ad esplicarsi in ogni direzione cui la fantasia imprenditoriale può dar luogo.

(1) "...sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa".

(2) Si rileva infatti che l'art. 2359 c.c. prevede nelle sue fattispecie di controllo, l'acquisto dello stesso mediante l'esercizio del diritto di voto nell'assemblea ordinaria. Tuttavia, nelle imprese a base personalistica e nelle imprese individuali può essere previsto che il controllo venga effettivamente esercitato al di fuori dell'attività decisionale dell'assemblea ordinaria. In tali casi il controllo si confonde di conseguenza con la gestione della società.

(3) Caso per caso da verificare necessariamente se un determinato quantitativo di diritti di voto in capo ad una società, benché inferiore al cinquanta per cento dei voti esprimibili in assemblea ordinaria, le consenta di nominare e revocare gli amministratori e i sindaci, approvare il bilancio e decidere sugli utili.

(4) Detto contratto, disciplinato in altri ordinamenti (come in quello tedesco, Unternehmensvertragen, e previsto altresì nell'art. 1.1, lett. c, VII direttiva 13.6.1983, n. 83/349/CEE), è tuttavia legittimo anche per l'ordinamento italiano in ipotesi espressamente previste nelle quali si dispone che lo stesso ha rilevanza legale se la legge straniera applicabile al caso di specie lo consenta.