



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Dottorato di ricerca
In Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro
Scuola di dottorato interateneo in Scienze Giuridiche
(A.A 2010 - 2011)**

***Titolo: Il trattamento delle imprese comuni nel diritto
comunitario della concorrenza***

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: Diritto della
concorrenza, IUS/04**

**Tesi di dottorato di Sébastien Gubel, matricola 955461,
23° ciclo**

Direttore della Scuola di dottorato

Prof.ssa Carmelita Camardi

Tutore del dottorando

Prof. Lorenzo De Angelis

INDICE

INTRODUZIONE.....	16
CAPITOLO I: LE IMPRESE COMUNI E II DIRITTO COMUNITARIO DELLE PRATICHE ANTICONCORRENZIALI.....	10
Sezione prima: Il contenuto e le specificità del diritto della concorrenza nella normativa comunitaria.....	10
1. La normativa comunitaria del diritto della concorrenza.....	11
1.1 Le intese.....	11
1.2 L'abuso di posizione dominante.....	14
1.3 Le concentrazioni.....	15
2. Le specificità del diritto comunitario della concorrenza.....	16
Sezione seconda: Esame di legalità delle imprese comuni.....	18
1. La nozione di "impresa comune".....	18
2. Le funzioni delle imprese comuni.....	19
3. L'impresa comune a pieno titolo ed a titolo parziale.....	20
4. L'impresa comune strutturale.....	21
5. La distinzione fra impresa comune concentrativa e cooperativa.....	22
6. La proprietà congiunta senza il controllo congiunto.....	22
Sezione terza : L'evoluzione del trattamento comunitario delle imprese comuni.....	23
1. Applicazione iniziale dell'articolo 101 alle imprese comuni.....	23
2. L'introduzione del Regolamento sulle concentrazioni.....	23
3. Emendamenti al Regolamento concentrazioni.....	25
4. La modernizzazione dell'attuazione dell'art.101.....	26
5. Assenza di previa autorizzazione delle imprese comuni.....	27
6. Il controllo giudiziario delle decisioni della Commissione.....	28
7. La Comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontali.....	29
8. Le diverse categorie nelle linee direttrici.....	30
Sezione quarta: L'applicazione dell'articolo 101 alle imprese comuni.....	31

1. Introduzione.....	31
2. L'eliminazione dei concorrenti attuali o potenziali.....	33
3. Gli effetti di ricaduta.....	41
4. Gli effetti di 'network'.....	43
5. Gli effetti di esclusione.....	44
6. Una restrizione sensibile della concorrenza.....	46
7. Le restrizioni accessorie.....	47
Sezione quinta: L'applicazione alle imprese comuni dell'esenzione prevista all'articolo 101(3)	
1. Introduzione	50
2. Legalità dell'impresa comune.....	51
2.1 Miglioramento della produzione o della distribuzione e promozione del progresso tecnico o economico.....	52
2.2 Ripartizione degli utili con il consumatore.....	54
2.3 Indispensabilità delle restrizioni alla concorrenza.....	55
2.3.1 Costituzione dell'impresa comune.....	56
2.3.2 Attività dell'impresa comune.....	57
2.3.3 Clausola di non concorrenza.....	57
2.3.4 Distribuzione o acquisto esclusivo.....	58
2.3.5 Vendita di prodotti in comune.....	59
2.4 Non eliminazione della concorrenza.....	60
2.5 Relazione tra l'eliminazione di una concorrenza effettiva e la posizione dominante.....	62
3. Durata delle esenzioni concessi in virtù dell'articolo 101(3).....	63
4. Condizioni cui può essere subordinata un'esenzione.....	65
Sezione sesta: Il rapporto tra imprese comuni, attività di ricerca e sviluppo e accordi di specializzazione.....	
1. Attività comuni di ricerca e sviluppo.....	66
1.1 Cenni introduttivi.....	66
1.2 Applicabilità dell'articolo 101 ai accordi di ricerca e sviluppo.....	68
2. Accordi di specializzazione.....	68

2.1 Cenni introduttivi.....	68
2.2 Applicabilità dell'articolo 101 ai accordi di specializzazione.....	69
CAPITOLO II: LE IMPRESE COMUNI E IL DIRITTO COMUNITARIO DELLE CONCENTRAZIONI.....	
70	
Sezione prima: Il fenomeno delle imprese comuni nell'ambito del Regolamento sulle concentrazioni.....	
70	
1. I criteri costitutivi dell'impresa comune a pieno titolo.....	71
2. Criteri di applicazione dell'articolo 101 e del regolamento sulle concentrazioni.....	78
Sezione seconda: La prassi delle imprese comuni nell'ambito del Regolamento sulle concentrazioni	
83	
CAPITOLO III: IL COLLEGAMENTO TRA LE IMPRESE COMUNI E I PATTI PARASOCIALI SOTTO IL PROFILO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA.....	
86	
Sezione prima: La disciplina italiana dei patti parasociali.....	
86	
1. Una casistica definitoria.....	86
2. Cenni storici.....	90
2.1 La prassi societaria	90
2.2 La codificazione del 1942.....	91
3. La tipologia dei patti.....	96
3.1 I sindacati di voto.....	99
3.2 I sindacati di blocco.....	100
3.3 I sindacati di gestione.....	101
4. La sistemazione dei patti parasociali nel diritto positivo.....	102
4.1 I patti parasociali nella riforma delle società quotate.....	102
4.1.1 Gli oneri di pubblicità legale dei patti parasociali.	108
4.1.2 La durata dei patti e il diritto di recesso.....	110
4.2 I patti parasociali nella riforma societaria.....	111
4.2.1 La forma dei patti parasociali.....	112
4.2.2 La tipologia dei patti.....	113

4.2.3 La finalità dei patti.....	115
4.2.4 La durata e la rinnovabilità dei patti.....	117
4.2.5 La pubblicità dei patti parasociali-l'art. 2341-ter del codice civile.....	118
5. Osservazioni sul riconoscimento normativo dei patti parasociali.....	121
Sezione seconda: il quadro comparatistico.....	126
1. L'esperienza francese.....	126
1.1 La posizione della dottrina e della giurisprudenza prima del 1985	131
1.2 L'introduzione dei pactes d'actionnaires nella normativa francese.....	135
1.3 Osservazioni conclusive.....	137
2. Il sistema anglosassone.....	146
2.1 Il riconoscimento dei shareholders' agreements.....	146
2.2 rapporto tra diritto societario e diritto dei contratti.....	150
Sezione terza: Il ruolo dei patti parasociali nella prassi del controllo delle imprese comuni considerate quali concentrazioni.....	152
1. Ostacoli iniziali.....	152
2. La contribuzione all'applicazione delle regole sulle concentrazioni.....	156
2.1 I patti parasociali nella valutazione dell'impresa comune a pieno titolo sotto il profilo del Regolamento sulle concentrazioni.....	156
2.1.1 L'acquisto di un controllo congiunto.....	157
2.1.2 Modifiche della qualità del controllo.....	161
3. Il patto parasociale quale strumento che rivela l'oggetto o l'effetto anti-competitivo dell'operazione.....	162
3.1 Le restrizioni accessorie necessarie per il funzionamento dell'impresa comune.....	162
3.2 Le pratiche restrittive in caso di partecipazione azionaria nel capitale di un concorrente.....	163
3.3 Il patto parasociale che rivela l'esistenza di un cartello.....	167
3.4 Un patto parasociale in quanto elemento dello sfruttamento di una posizione dominante.....	168
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	170
BIBLIOGRAFIA	174

INTRODUZIONE

Questa tesi è diretta ad esaminare il trattamento delle imprese comuni nel diritto comunitario della concorrenza.

Il termine di impresa comune riveste diverse significazioni e può comprendere la costituzione di una nuova impresa autonoma e distinta giuridicamente e economicamente dalle imprese fondatrici, la creazione di un'entità che resta dipendente dalle sue imprese madri da punto di vista operativo, un semplice contratto di collaborazione tra due imprese, o ancora, un'alleanza strategica tra operatori economici importanti.

Il fenomeno delle imprese comuni assume maggiore rilievo nella prassi commerciale delle società e le caratteristiche di questo modello societario fa sì che il legislatore europeo gli attribuisca una posizione specifica nel diritto della concorrenza. In effetti, da una parte le imprese comuni sono viste favorevolmente perché permettono di sviluppare in un determinato mercato geografico e merceologico un certo grado di sinergia tra imprese e quindi di incrementare la competitività dell'economia europea tramite la realizzazione di economie di scale, la condivisione di conoscenza volto al miglioramento del processo di distribuzione o di produzione dei prodotti, o del progresso tecnologico. L'impresa comune è uno strumento di cui le società hanno spesso fatto ricorso per aumentare l'efficienza della vendita, dell'acquisito, della commercializzazione, della produzione e della standardizzazione dei prodotti.

Dall'altra parte, una c.d. cooperazione tra imprese mediante il ravvicinamento di strutture aziendali pone un rischio di restringere la concorrenza nel mercato unico nella misura in cui le imprese fondatrici e l'impresa comune dispongono di maggiori possibilità di coordinare le loro strategie commerciali e pertanto diminuire la concorrenza tra loro in misura sensibile. L'accordo può infatti provocare degli effetti anticoncorrenziali sul mercato rilevante o può stabilire un oggetto anticoncorrenziale.

Perciò, le imprese comuni giocano un ruolo particolarmente importante nella disciplina antitrust e possono essere oggetto di una serie di regole diverse, a

seconda della loro natura, al fine di controbilanciare gli effetti pro-competitivi e le ripercussioni anti-competitivi dell'accordo su un determinato mercato.

La disciplina comunitaria della concorrenza, che costituisce l'espressione normativa del principio dell'economia di mercato sul quale l'Unione europea è fondata, garantisce una libera iniziativa economica e un'autonomia degli operatori economici ma impone anche alcune regole necessarie per inquadrare questa libertà al fine di mantenere un gioco della concorrenza che non sia falsato, ristretto o impedito.

Lasciare una smisurata libertà economica alle imprese darebbe luogo alla costituzione di monopoli e intese volte a controllare e ripartire il mercato, impedirne l'accesso, o adottare comportamenti commerciali indipendenti dalle attese dei consumatori.

Le imprese comuni ricadono nel controllo e sono assoggettate alla disciplina sulla concorrenza in due modi stabiliti dalle regole comunitarie. Vi è una distinzione tra gli accordi di impresa comune che sono considerati come operazioni di concentrazione e vi sono accordi restrittivi della concorrenza.

A seconda della realizzazione di diverse condizioni, un'impresa comune va trattata allo stesso modo di una fusione o un'acquisizione di una società. Questo accordo sarà l'oggetto di una valutazione preliminare da parte della Commissione europea qualora l'operazione abbia una dimensione comunitaria ai sensi del Regolamento (CE) No 139/2004 sulle concentrazioni.

Qualora invece l'operazione non possa equipararsi ad una concentrazione, non va notificata alla Commissione ma le imprese interessate dovranno fare un'autovalutazione dell'accordo come se fosse un accordi restrittivi alla luce dell'Articolo 101 del Trattato.

La qualificazione di impresa comune nel diritto comunitario antitrust e la sua sottoposizione ad una disciplina giuridica determinata è ed è finora stato un esercizio di identificazione giuridica arduo e ambiguo e la presente tesi ha come obiettivo di esaminare in modo critico i metodi e parametri utilizzati dalla Commissione e dalla giurisprudenza comunitaria per classificare le imprese comuni. Esse possono, ad esempio, essere sottoposte a due meccanismi di controllo contemporaneamente, l'uno indipendente dall'altro.

Occorre pertanto fare una ricostruzione sistematica dell'approccio delle autorità amministrative e giudiziarie europee al fine di delineare il quadro normativo europeo delle imprese comuni.

Il primo capitolo è inteso ad analizzare il trattamento delle imprese comuni in merito all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza sotto il profilo delle pratiche anticoncorrenziali. Il contenuto del diritto della concorrenza nonché alcune delle specificità di tale diritto saranno accennate (sezione prima). Poi, la disciplina generale e le caratteristiche specifiche delle imprese comuni troveranno enunciazione (sezione seconda). Pare anche importante delineare l'approccio evolutivo della Commissione europea al riguardo (sezione terza). Di seguito, si tratterà dell'applicazione generale dell'articolo 101(1) alle imprese comuni, sia a livello della loro formazione che per quanto riguarda la sussistenza di restrizioni specifiche nell'accordo (sezione quarta). Poi, sarà spiegata l'applicazione dell'articolo 101(3), ossia la modalità con cui l'impresa comune viene esentata dal divieto dell'articolo 101(1) dopo l'introduzione della "modernizzazione" della procedura per l'attuazione dell'articolo 101 ai sensi del Regolamento 1/2003 (sezione quinta). Successivamente sarà discusso il trattamento delle imprese comuni sotto il profilo delle regole attinenti alle attività comuni di ricerca e sviluppo e agli accordi di specializzazione (sezione sesta).

Il secondo capitolo affronterà la problematica seconda la quale le imprese comuni ricadono nell'ambito di operatività delle regole sulle concentrazioni e analizzerà i criteri secondo cui l'operazione messa in atto da un'impresa comune va notificata alla Commissione europea (sezione prima) e la descrizione di una serie di fattispecie particolarmente rilevanti per lo studio della tematica ad oggetto (sezione seconda).

Il terzo capitolo si occupa del collegamento tra imprese comuni e patti parasociali nell'applicazione del diritto della concorrenza e mira a studiare in che modo i patti parasociali possono avere rilevanza nell'ambito delle suddette regole antitrust. Le imprese comuni si riferiscono spesso a patti parasociali che contengono le vere

regole tra imprese fondatrici per contemplare la maniera in cui l'impresa comune deve comportarsi sotto il profilo commerciale nei confronti delle sue azionisti.

Allo scopo di raggiungere una migliore comprensione della figura dei patti parasociali, la disciplina italiana (sezione prima) nonché quella francese e inglese (sezione seconda) saranno prese in considerazione, prima di determinare l'influenza di tale strumento societario e/o contrattuale nella prassi delle regole di concorrenza relative alle imprese comuni (sezione terza).

Colgo l'opportunità di questa premessa per ringraziare innanzitutto la Prof.ssa Carmelita Camardi per il suo appoggio e i suoi preziosi consigli, il mio collega Alessandro Gonzato per la sua pazienza e disponibilità e, infine, Claudia Dall'Antonia per aver accorciato la distanza tra Bruxelles e Venezia.

CAPITOLO I: LE IMPRESE COMUNI E IL DIRITTO
COMUNITARIO DELLE PRATICHE
ANTICONCORRENZIALI

Sezione prima: Il contenuto e le specificità del diritto della
concorrenza nella normativa comunitaria

Ad oggi il diritto della concorrenza ricopre un ruolo di grande attualità. Prima di concludere un accordo internazionale o di rilevanza nazionale, oppure di procedere a un'operazione di concentrazione, gli attori dell'economia mondiale, europea o nazionale sono oramai obbligati ad assicurare che la loro operazione sia, sotto il profilo giuridico, in conformità con le regole stabilite dalla normativa nazionale o europea. In particolare, il legislatore comunitario ha ampliato considerevolmente l'ambito di operatività della disciplina sulla scorta di regolamenti d'applicazione di portata generale o settoriale, di comunicazioni, di linee direttrici, di decisioni relativi a casi individuali. Allo stesso modo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE)¹ è riuscita a sviluppare numerose regole interpretative rilevanti nella materia in esame.

In questa sezione si analizzerà in modo generale la disciplina del diritto della concorrenza al livello comunitario.

Questa parte mira dunque, in primo luogo, a fornire una comprensione di stampo generale, cosiddetta visione "macro", delle modalità con le quali il legislatore abbia inteso regolare il diritto antitrust e, in secondo luogo, a presentare sinteticamente le grandi categorie del diritto della concorrenza.

¹ Il trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 1 dicembre 2009, ha cambiato la denominazione della "Corte di Giustizia delle Comunità europee" (CGCE). Pur quando mi riferisco a questa ultima utilizzerò i termini CGUE. Questo "Trattato istitutivo della Comunità Europea" (TCE) è stato sostituito dal "Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea" (TFUE). Le regole di applicazione del diritto della concorrenza sono state oggetto di una nuova numerazione senza peraltro che il contenuto delle stesse sia stato modificato.

1. La normativa comunitaria del diritto della concorrenza

Ai fini di sottolineare le regole del diritto antitrust che risultano essenziali per il nostro studio, possano essere identificate quattro tipi di categorie normative.

Da un lato, le regole attengono a comportamenti prevalentemente imprenditoriali e suscettibili di restringere la concorrenza, ossia (i) gli accordi e altre forme di collusione o di cooperazione fra imprese (le cosiddette “intese”); (ii) lo sfruttamento abusivo della posizione dominante che un’impresa (o diverse imprese) detiene sul mercato rilevante; (iii) la concentrazione di due o più imprese. Dall’altro, le regole che possono essere infrante a causa di decisioni provenienti dalle autorità pubbliche, cioè quando le autorità pubbliche concedono degli aiuti di Stato alle imprese.

1.1 Le intese

L’articolo 101 del TFUE (ex articolo 81 del TCE) presenta un contenuto assai articolato:

- Il primo paragrafo prevede la proibizione degli accordi tra imprese, delle decisioni di associazioni di imprese e delle pratiche concordate suscettibili di pregiudicare il commercio fra Stati membri, che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno.²
- Il secondo paragrafo contempla una conseguenza della violazione del divieto, operante sul piano civilistico, cioè la nullità di pieno diritto di tali accordi, decisioni e pratiche.

² Sul divieto contenuto nell’art.101 (1) TFUE, v. ODULU, *Interpreting Article 81 (1): Object as Subjective Intention*, in *European Law Review*, 2001, p.60 e ss; ID., *Interpreting Article 81 (1): Demonstrating Restrictive Effect*, in *European Law Review*, 2001, p.261 e ss; ID., *Interpreting Article 81 (1): the Object Requirement Revisited*, in *European Law Review*, 2001, p.379 e ss; MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, in *Common Market Law Review*, 2002, p.1057 e ss.

- Il terzo paragrafo, infine, stabilisce un meccanismo di deroga al divieto di cui al par.1, delineando le condizioni applicabili a tal fine.

Occorre ora segmentare gli elementi caratteristici dell'art. 101 e distinguere tra gli accordi, pratiche concordate, decisioni di associazioni di imprese.

La nozione di accordo non comprende solo il contratto in senso stretto. L'unica condizione fondamentale per determinare la sussistenza di un accordo in virtù dell'art. 101 (1) è quella enunciata dalla CGUE fin dalla sentenza *ACF Chemiefarma*, ossia che “le imprese interessate abbiano espresso la *comune volontà* di comportarsi sul mercato in un determinato modo”.³

Anche *gentlemen's agreements* possono essere considerati in quanto accordi in questo senso.⁴

Non si richiede quindi né che l'accordo abbia efficacia obbligatoria, né che assuma la forma scritta;⁵ non è neppure necessario che il suo oggetto e le sue condizioni siano precisamente enunciati:⁶ non occorrono delle procedure relative “all'esecuzione forzata”,⁷ né sanzioni stipulate contrattualmente;⁸ l'accordo può “essere espresso o risultare implicitamente dal comportamento delle parti”⁹ o dalle condizioni generali di vendita di una impresa, alle quali i grossisti abbiano

3 Causa 41/69, *ACF Chemiefarma N.V. c. Commissione delle Comunità europee*, CGUE, 15 luglio 1970.

4 N 69/240/CEE, *Decisione della Commissione*, 16 luglio 1969: la Commissione ha deciso che “anche i gentlemen's agreements devono essere considerati come accordi ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, poiché, nonostante la loro denominazione di “gentlemen's agreements”, essi prevedono espressamente obblighi scritti e vincolanti per le parti relativamente al loro comportamento sul mercato, obblighi che le parti possono essere costrette ad osservare mediante ricorso alla procedura arbitrale in caso di mancata osservanza. Questi gentlemen's agreements estendono la portata delle obbligazioni contenute nella convenzione per l'esportazione, che essi modificano espressamente, e formano con essa un tutto inscindibile, poiché la non osservanza o la denuncia dei gentlemen's agreements significa automaticamente la non osservanza e la denuncia della convenzione di esportazione, e inversamente. Ne consegue che i gentlemen's agreements non si possono considerare diversamente dalla stessa convenzione per le esportazioni”.

5 Causa 28/77, *Tepea BV c. Commissione delle Comunità europea*, CGUE, 20 giugno 1978

6 Cause riun. 240-242, 261, 262, 268, e 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie ed a. c. Commissione*, CGUE, 10 dicembre 1985

7 L 239/1994, *Decisione della Commissione*, 27 luglio 1994 (*PVC II*).

8 L 230/1986, *Decisione della Commissione*, 23 aprile 1986 (*Polipropilene*).

9 L 75/2004, *Decisione della Commissione*, 17 dicembre 2002 (*Aromatizzanti*).

aderito.¹⁰ Non rileva nemmeno che la partecipazione sia stata imposta da una impresa al contraente più debole, né che determinate imprese abbiano tentato di sottrarsi all'esecuzione degli impegni.¹¹

Costituisce invece un accordo, un semplice “protocollo d'accordo” che pone in essere una cooperazione tra imprese¹² o la creazione di un consorzio di imprese.¹³

Gli accordi intrattengono un legame stretto con le pratiche concordate che sono considerati come dei meri comportamenti di fatto che non trovano nessuna formalizzazione esterna ma che ugualmente riducono il grado di concorrenza.¹⁴

Ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, un altro tipo di atti formali possono essere sanzionati dalle autorità competenti, ossia le decisioni di associazioni tra imprese. Si tratta di accordo o di semplice raccomandazione senza efficacia giuridicamente vincolante tra imprese di un determinato settore che mirano a *coordinare* i comportamenti di mercato dei destinatari della “decisione”.

Alla stregua dell'ampia nozione ricompresa nella definizione di impresa, la nozione di associazione di imprese è composta di innumerevoli tipi di strutture, tali la classica società commerciale, l'associazione di fatto, il consorzio, il gruppo di imprese, la Federazione internazionale del gioco del calcio¹⁵, le associazioni di singole attività produttive, gli ordini professionali,¹⁶ come quelli dei medici,¹⁷ degli avvocati,¹⁸ e così via.

10 L302/2001, *Decisione della Commissione, 8 maggio 2001 (Glaxo Wellcome o GSK)*.

11 Si tratta tuttavia di circostanze di cui la Commissione può tener conto ai fini della fissazione dell'importo delle amende: v. ad. es. L 59/2001, *Decisione della Commissione, 20 settembre 2000 (Opel)*, nella quale la Commissione stabilisce che “ i concessionari Opel olandesi, che hanno partecipato assieme ad Opel Nederland BV agli accordi volti a impedire o limitare le vendite all'esportazione, sono vittime della politica restrittiva decisa dalla loro controparte contrattuale, che li ha indotti sotto pressione ad acconsentire. I concessionari non hanno svolto una parte attiva. La Commissione ritiene pertanto che non debba essere imposta loro alcuna ammenda”.

12 L104/1994, *Decisione della Commissione, 29 marzo 1994 (HOV-SVZ/MCN)*: “Nonostante la terminologia impiegata, tale protocollo esprime l'effettivo concorso delle volontà delle parti e costituisce pertanto un accordo ai termini dell'art. [81] del trattato”.

13 L99/29 *Decisione della Commissione, 30 marzo 1994 (Nuovo CEGAM)*.

14 PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, UTET Giuridica, 2007, p.74.

15 Causa, T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione, sentenza del Tribunale di primo grado, 26 gennaio 2005*: le federazioni nazionali calcistiche sono “associazioni di imprese nonché, date le attività economiche che (...) esercitano,” e che la federazione internazionale, la F.I.F.A., “in quanto associazione che raggruppa le federazioni nazionali, è a proprio volta un'associazione di imprese nel senso dell'art.81”.

16 Per le professioni intellettuali, si veda il recente studio di GALGANO, *Le professioni intellettuali ed il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, p.1 e ss; PRETO, *Le*

1.2 L'abuso di posizione dominante

La seconda figura di condotta anti-concorrenziale disciplinata del Trattato è quella che viene definita dall'articolo 102 e vieta l'abuso di posizione dominante. Un'impresa può restringere la concorrenza se è in una posizione preminente su un determinato mercato geografico e merceologico. Vale a dire che una posizione dominante in se non restringe il gioco della concorrenza, ma se l'impresa sfrutta questa posizione per eliminare i concorrenti, si ritiene che essa ne abbia abusato. Il detto abuso può avvenire se:

- Pratica prezzi irragionevolmente alti;
- Sottrae clienti ai concorrenti più piccoli vendendo a prezzi artificialmente bassi;
- Ostacola i concorrenti sul mercato costringendo i consumatori a comprare un prodotto su un mercato insieme a un altro prodotto;
- Si rifiuta di vendere a determinati clienti o propone sconti particolari a chi si rifornisce esclusivamente o per maggior parte presso di lei.

La prima fase dell'analisi della Commissione è quella di determinare il mercato rilevante. Al fine di ampliare l'ambito di operatività dell'art.102, la Commissione ha in modo costante restretto il mercato rilevante. La Commissione individua infatti un mercato interessato in modo da fare aumentare la quota di mercato dell'impresa sotto inchiesta.

libere professioni italiane nella Comunità europea tra mercato interno e diritto della concorrenza, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1999, p.1031 e ss.

17 Cause riunite C-180/98 e C-184/98, *P. Pavlov c . Fondo pensioni dei medici specialisti, sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europee, 12 settembre 2009.*

18 Causa C-309/99, *Wouters e a.c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Adocaaaten, sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 19 febbraio 2002: la Corte, partendo dalla premessa che gli avvocati svolgono attività d'impresa, risponde che "un organizzazione professionale quale l'Ordine degli avvocati dev'essere considerate come un'associazione di imprese ai sensi dell'art. [81] §1 (...) quando essa emana un regolamento", come quello in questione, il quale non persegue finalità di interesse generale, ma stabilisce regole per il funzionamento della professione, il cui esercizio costituisce un'attività economica.*

Occorre poi determinare l'esistenza di una posizione dominante. Il concetto è stato definito dalla sentenza *Michelin* come "una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti, in ultima analisi, dei consumatori."¹⁹

Anche il concetto di abuso è stato interpretato in maniera estensiva, includendo inter alia, pratiche monopolistiche, tali le concentrazioni e acquisizioni.²⁰ Può includere delle pratiche particolari, come ad es. il rifiuto di approvvigionamento, al discriminazione, degli obblighi di commercio esclusivo, delle restrizioni alla vendita o delle pratiche relative a licenze abusive.

1.3 Le concentrazioni

Ai sensi della disciplina comunitaria della concorrenza, vi è una concentrazione tra due o più imprese quando vi è una fusione di imprese precedentemente indipendenti o quando vi è un'acquisizione del controllo di un'impresa comune.

Le concentrazioni ed intese sono considerate come due fenomeni della stessa natura ma che sono trattati in modo diverso perché un'operazione di concentrazione genera maggiori benefici di efficienza. Inoltre, risulta dalle concentrazioni una modifica permanente dell'assetto concorrenziale del mercato. La concentrazione provoca la costituzione di un attore economico più importante che vede il suo potere di mercato incrementare.

Perciò, il controllo delle concentrazioni è preventivo al fine di anticipare e prevedere gli effetti potenzialmente anticoncorrenziali del ravvicinamento delle imprese. E soltanto quando le parti raggiungono la soglia di interesse comunitario che l'operazione di concentrazione abbia una dimensione comunitaria che fa

¹⁹ Caso 322/81 *Michelin v Commissione*, GU 1983, ECR 03461, §30.

²⁰ Caso 6-72, *Continental Can v Commissione*, GU 1972, ECR 00-215.

scattare l'ambito di applicazione del Regolamento 139/2004 o il c.d. Regolamento concentrazioni.²¹

2. Le specificità del diritto comunitario della concorrenza

Le leggi antitrust sono state considerate fin dall'inizio come una disciplina ben specifica, fuori dai canoni abituali, sia dei grandi *genus quali* il diritto privato e il diritto pubblico, ma anche delle particolari *species*, ossia il diritto delle società, il diritto commerciale, il diritto dei contratti, e così via.²² Questa disciplina, tuttavia, rintraccia la sua peculiarità giuridica perché è anche influenzata dall'economia. Così, sia gli studiosi che la Commissione europea hanno sviluppato e diffuso un approccio giuridico-economico del diritto antitrust. Si osservi, ad oggi, un riconoscimento della rilevanza economica delle restrizioni della concorrenza, e dell'utilità della teoria economica nell'esame dei temi generali e nella soluzione dei casi di specie.²³

Nonostante la sua disciplina indipendente, è noto che il diritto della concorrenza può, in realtà, collocarsi con molte altre tipologie giuridiche.

Si pensi al diritto dei contratti (accordi di esclusiva tra un produttore ed il suo distributore), al diritto penale (le sanzioni in caso di intese illegali), o ancora al diritto amministrativo (il potere decisionale della Commissione europea).

Inoltre, è ricorrente l'affermazione secondo la quale il sistema del diritto comunitario della concorrenza sia speciale, e pertanto, presenti finalità ed obiettivi anch'essi speciali.²⁴ Il carattere speciale del sistema antitrust comunitario risulterebbe, in particolare, dal fatto di essere inserito all'interno di un Trattato che

²¹ Regolamento (CE) n.139/2004 del Consiglio relative al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUCE L 241, del 29 gennaio 2004, vedi articoli 1 e 3.

²² V. MARENCO, *The birth of modern competition law in Europe*, Studi per Ehlermann, L'Aia/Londra/New York, Kluwer, 2002, p.279 ss.

²³ V. PROSPERETTI, SIRAGUSA, BERETTA, MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, Carocci Editore, 2006

²⁴ GERBER, *The transformation of European Community Competition Law*, in *35 Harvard International Law Journal*, 1994, p.97 secondo cui "from its inception, the Community's competition law system as been "special".

ha quale ragione di essere la soppressione delle barriere nazionali e la creazione di un mercato comune europeo.²⁵

Tale circostanza ha prodotto due risultati: da una parte, il problema dell'adeguata individuazione degli obiettivi del diritto della concorrenza che è stato affrontato e risolto esclusivamente mediante un richiamo alle norme del Trattato, senza alcun approfondimento degli effetti economici delle pratiche che si intendeva reprimere; dall'altra parte, preso atto dell'obiettivo fondamentale dell'integrazione dei mercati, il problema degli scopi del diritto comunitario non è mai stato considerato come un vero problema, tanto che la dottrina non se n'è quasi mai occupata sistematicamente.²⁶

25 V. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano Giuffrè editore, 2005

26 All'eccezione di qualche opera, tali : BOUTERSE, *Competition and Integration – What goals count*, Boston, Kluwer, 1994, Deventer, p. 7ss.; GERBER, *Law and competition in the twentieth century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p.45 ss.

Sezione seconda: Esame di legalità delle imprese comuni

1. La nozione di “impresa comune”

La pratica commerciale dell'uso del termine “impresa comune” è molto ampia e fa sì che una definizione accettata da tutti gli attori economici e istituzionali non sia facile da stabilire. Infatti, le imprese comuni comprendono sia degli accordi che vi siano simili alle concentrazioni e sia dei meri accordi di cooperazione per la ricerca e lo sviluppo, la produzione o la distribuzione di prodotti. Termini tali impresa comune, alleanza strategica e accordo cooperativo sono flessibilmente applicati alla categoria di accordi commerciali conclusi tra due o più parti contenendo una grande varietà di obiettivi e di effetti economici.

Si tratta di operazioni complesse, i cui vantaggi, relativi alla crescita economica delle imprese interessate, si combinano con i rischi di alterazione del mercato concorrenziale. Infatti, le imprese madri che concludono un accordo di joint venture si trovano spesso in una posizione concorrente su un determinato mercato di prodotti o di servizi e di conseguenza, l'accordo comporta un rischio che le imprese madri non siano più concorrenti su tale mercato.

Nel contesto delle regole comunitaria antitrust, la Commissione europea ha applicato il termine “impresa comune” soltanto quando vi sia una impresa soggetta al controllo esercitato unitamente da due o più imprese economicamente indipendenti l'una dall'altra.²⁷

Tuttavia, la Commissione ha anche deciso di analizzare certi casi nei quali l'impresa era la proprietà (“*jointly owned*”) delle imprese madri senza che essa sia controllata (“*jointly controlled*”) dalle suddette imprese.²⁸

²⁷ Regolamento (CE) n.139/2004 del Consiglio relative al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GU L 241, del 29 gennaio 2004, vedi articoli 1 e 3.

²⁸ Caso Eutelia, OJ 2001 C 100/14; caso Covisint OJ 2001 C 49/4

2. Le funzioni delle imprese comuni

Gli accordi relativi ad una impresa comune sono prevalentemente degli accordi che abbiano come scopo immediato o ultimo, di creare una nuova entità giuridica. Questa ultima può essere complementare ad altre forme di attività delle imprese madri, oppure integrare alcune delle attività esistenti, o ancora sviluppare un nuovo ambito di attività.

La Comunicazione della Commissione sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'articolo 85 del Trattato²⁹ identifica innumerevoli funzioni delle imprese comuni. Ad esempio, le imprese comuni possono essere coinvolti nella ricerca e lo sviluppo di prodotti e processi nuovi o migliorati, l'acquisto e la concessione di licenze per l'esercizio di diritti di proprietà intellettuale, la fornitura di servizi, la penetrazione in nuovi mercati geografici o di un prodotto, la specializzazione della produzione, l'ammodernamento degli impianti e la ristrutturazione di settori in declino.

Le linee direttrici relative agli accordi di cooperazione orizzontale creano una distinzione tra impresa comune di produzione, impresa comune attiva nella ricerca e lo sviluppo, impresa comune d'acquisto e impresa comune di commercializzazione.

L'impresa comune di produzione può avere diverse forme e può riguardare operazioni a monte, tali operazioni di ricerca e di sviluppo, nonché operazioni a valle, tali attività di promozione e di vendita collegati alla propria attività produzione dell'impresa comune.

Un'impresa comune può anche essere coinvolta nell'attività a monte o a valle a favore delle imprese madri, come quando l'impresa comune fornisce alle imprese madri la materia prima o dei componenti intermediari per la fabbricazione del prodotto finale.

²⁹ G.U. 1993 C43/2. Questa comunicazione rimane molto utile ma è stata ormai superata dalle Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato agli accordi di cooperazione orizzontale, GU

Inoltre, la pratica ha anche fatto emergere “un *final product joint venture*”, cioè un’impresa comune in cui il prodotto finale è fabbricato ed è pronto ad essere distribuito ai consumatori.³⁰

Un’ impresa comune che produce beni e servizi per le imprese madri è conosciuta in quanto “*input joint venture*” se fornisca un mercato a monte oppure in quanto “*output joint venture*” se fornisca un mercato situato a valle.³¹

3. L’impresa comune a pieno titolo ed a titolo parziale

La rilevanza di questa distinzione è principalmente procedurale.

Tutte le imprese comuni a pieno titolo di cui la dimensione comunitaria dell’accordo è accertata³² dovranno essere notificate presso la Commissione europea ai sensi del Regolamento concentrazioni e saranno considerate come una qualsiasi operazione di concentrazione.

In contrasto, le imprese comuni che non sono a “pieno titolo”, ossia quelle che operano a titolo parziale o quelle a pieno titolo ma senza dimensione comunitaria, saranno valutate alla luce dell’articolo 101. A seguito della riforma avviata dal Regolamento 1/2003, questo tipo di accordo non richiede più una notifica presso la Commissione o le autorità nazionali della concorrenza.

Si veda nelle prossime sezioni quali sono i criteri utilizzati dalla Commissione per valutare il “pieno titolo” o meno dell’impresa comune. In linea di massima,

2001 C100/14, di cui la Commissione ha aperto una procedura di consultazione con I stakeholders al fine di valutare l’esperienza maturata al riguardo e l’eventuale modifica di questo strumento.

³⁰ Ad esempio, *Ford/Volkswagen*, GU 1993 L 20/14.

³¹ Ad esempio *Asahi/Saint Gobain* GU 1994 L 354/87.

³² In virtù dell’art.1, 2. del Regolamento 139/2004, una concentrazione ha rilievo comunitario quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall’insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR, e b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR, salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all’interno di un solo e medesimo Stato membro. Inoltre, una concentrazione che non supera le soglie anzidette è comunque di rilevanza comunitaria qualora: a) il fatturato totale realizzato al livello mondiale dall’insieme delle imprese interessate è superiore a 2, 5 miliardi di EUR, e b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall’insieme delle imprese interessate è superiore a 10 milioni di EUR, c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e d) il fatturato totale realizzato

un'impresa comune sarà considerata quale a pieno titolo quando **esercita tutte le funzioni di una entità economica autonoma che la sua attività presenta un carattere duraturo.**

Un'impresa comune a pieno titolo stipula rapporto negoziale prevalentemente o solo con terzi allorché l'obiettivo principale di un'impresa comune a titolo parziale è di fornire input alle attività delle imprese madri.

4. L'impresa comune strutturale

Un altro concetto impiegato dalla Commissione è quello di “*structural joint venture*”. Essa implica un cambiamento importante della struttura e l'organizzazione degli assets posseduti dalle imprese madri. Tali operazioni sono caratterizzate da investimenti finanziari significativi e dalla messa in gioco di tangibile o non-tangibile assets come i diritti della proprietà industriale.

Un'impresa comune strutturale è a titolo parziale quando esercita delle funzioni che siano collegati all'attività esistente delle imprese madri oppure quando sviluppa delle funzioni esclusivamente per il conto delle imprese madri e senza avere accesso al mercato, per esempio in materia di ricerca e sviluppo.³³

5. La distinzione fra impresa comune concentrativa e cooperativa

Il concetto di impresa comune “concentrativa” (e la conseguente distinzione tra un'impresa comune concentrativa ed un'impresa comune cooperativa) è stata sviluppata dalla Commissione al fine di riflettere i limiti giurisdizionali sotto il profilo del Regolamento Concentrazioni prima dei suoi emendamenti nel 1997. Il Regolamento Concentrazioni iniziale prevedeva che un'impresa comune avrebbe costituito una concentrazione se non dava luogo al coordinamento del

individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR.

comportamento concorrenziale delle parti tra di loro oppure tra di loro e la joint venture.³⁴

La detta impresa comune andava pertanto riferita in quanto ‘concentrativa’ mentre tutte le altre imprese comuni – che per definizione provocavano un coordinamento – erano riferite quale ‘cooperativa’. Questa distinzione non corrisponde a qualsiasi categorizzazione economica e l’esclusione di ogni impresa comune cooperativa dall’ambito del Regolamento Concentrazioni non poteva essere mantenuta come tale.³⁵ Perciò, la Commissione ha abbandonato questa distinzione nel quadro del primo emendamento al Regolamento Concentrazioni che ha portato tutte le imprese comuni a pieno titolo nell’ambito del controllo sulle concentrazioni.

Tuttavia, il concetto di impresa comune cooperativa rimane perché ormai gli effetti coordinativi di un’impresa comune sottoposta alle regole sulle concentrazioni, sono valutati separatamente in virtù dell’articolo 2(4) del Regolamento 139/2004.

6. La proprietà congiunta senza il controllo congiunto

Una società che non è sottoposta ad un controllo congiunto non sarà esaminata come un’impresa comune ma il divieto dell’art.81(1) può comunque applicarsi. Ad esempio, dei problemi possono emergere concernente un potenziale coordinamento tra i soci di minoranza e il socio di maggioranza. Questi problemi non saranno analizzati nel quadro di questa tesi. Tuttavia, quando una nuova impresa è costituita da alcuni partners senza un controllo congiunto, la valutazione della transazione ai sensi dell’art.81 sarà simile in pratica con quelle realizzata nel caso di un’impresa comune.

³³ Ad esempio, *Exxon/Shell*, GU 1994 L 144/20. In quell caso, l’impresa comune era esclusivamente attiva nel fornire prodotti alle imprese madri.

³⁴ Articolo 3(2) Regolamento Concentrazioni 4064/89.

Sezione terza : L'evoluzione del trattamento comunitario delle imprese comuni

1. Applicazione iniziale dell'articolo 101 alle imprese comuni

Prima dell'entrata in vigore del Regolamento sulle concentrazioni del 1989, tutte le situazioni di concorrenza, comprese quelle generate dalle imprese comuni, potevano essere sanzionate soltanto mediante l'applicazione degli articoli 81 e 82 del TCE. Così la Commissione poteva solo far riferimento agli articoli 81 e 82 quali strumenti per controllare le imprese comuni. Questo ha spinto la Commissione a sviluppare un ampio approccio nell'applicare l'articolo 81 alle imprese comuni, perciò incrementando la sua giurisdizione nell'esame di una vasta gamma di accordi di joint venture.

La Commissione considerava le società madri all'impresa comune in quanto almeno potenziali concorrenti e che vi era la possibilità di un effetto apprezzabile sulla concorrenza ai sensi dell'art. 81(1).³⁶

Sebbene i Regolamenti di esenzione per categoria furono adottati per gli accordi di specializzazione ed di ricerca e sviluppo,³⁷ questi strumenti avevano uno scopo molto limitato e le imprese comuni che non ricadevano nel loro ambito erano sottoposte all'applicazione insicura dell'art.81(3).

2. L'introduzione del Regolamento sulle concentrazioni

Negli anni 90, vi erano dei segni che l'approccio tradizionale della Commissione nell'applicazione dell'art.81(1) risultava in un'analisi più dettagliata e basata su la teoria economica dell'impatto dell'impresa comune sulla concorrenza.³⁸

³⁵ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2008, p.543.

³⁶ Un accordo non ricederà nell'ambito del divieto dell'art.81(1) se abbia soltanto un effetto de minimis sulla concorrenza. Vale a dire che debba avere perlomeno un effetto apprezzabile sulla concorrenza o sul commercio tra gli Stati Membri.

³⁷ Regolamento 417/85 (specializzazione) e Regolamento 418/85 (ricerca e sviluppo). Per gli attuali esenzioni, vedi sezione quinta di questo capitolo.

³⁸ Vefi, FAULL, J, *Joint Ventures under the EEC Competition Rules* (1984) ECLR 358.

Si considera che la decisione *Elopak/Metal* (esaminata nella sezione sesta di questo capitolo) fornisce un'esposizione chiara e dettagliata dell'esame quadro delle imprese comuni sotto il profilo dell'art. 81(1).³⁹

Quando l'Unione Europea ha introdotto una disciplina per il controllo delle concentrazioni nell'anno 1989, il primo regolamento per le concentrazioni si applicava anche alle imprese comuni che non conducevano al 'coordinamento' del comportamento concorrenziale delle parti.⁴⁰

Sotto il profilo del Regolamento 4064/89⁴¹ ed in seguito copiose decisioni in materia, la Commissione accertò una distinzione maggiore tra due tipi di imprese comuni: le joint venture cooperative, sottoposte alle disposizioni di cui menzionato prima, e le joint venture concentrative ormai diversamente sottoposte all'ambito di applicazione del Regolamento sulle concentrazioni.

Un'impresa comune concentrativa che superava la soglia fissata nel Regolamento concentrazioni era quindi analizzata a seconda di (i) una procedura più veloce e (ii) un singolo test per determinare se creasse o rafforzasse una posizione dominante, quello che non permetterebbe una concorrenza effettiva sul mercato. Se non fosse il caso, l'impresa comune era dichiarata compatibile con il mercato comune e era conseguentemente approvata in un modo permanente.

Nonostante tale mutamento, nella prassi si sono incontrate sempre più difficoltà nello stabilire una linea di confine coerente tra imprese comuni cooperative e concentrative. Inoltre, la distinzione è stata contestata nella misura in cui il criterio di differenziazione era artificiale e rafforzava pertanto un'incomprensione nel trattare le situazioni giuridiche quasi simili, applicando per un tipo di operazione il rigore di un diritto ed una procedura a connotazione prevalentemente repressiva, mentre per un altro tipo di operazione identica, vi si applicava una

³⁹ *Elopak/Metal Box-Odin*, GU 1990, L 209/15.

⁴⁰ Articolo 3(2) del Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio sul controllo delle operazioni di concentrazioni tra imprese, in GUCE, L 395, del 21 dicembre 1989.

⁴¹ *Ibid.*

regolamentazione ed una procedura molto più favorevole alle ristrutturazioni economiche.⁴²

3. Emendamenti al Regolamento concentrazioni

Nella riforma del Regolamento sulle concentrazioni del 1997⁴³, la distinzione tra imprese comuni cooperative ed imprese comuni concentrative è stata sostituita da una nuova distinzione, cioè una distinzione tra impresa comune a pieno titolo (full function joint venture) e impresa comune a titolo parziale (non full function joint venture), fermo restando che la nozione di impresa comune cooperativa non è scomparsa. Tutte le imprese comuni a pieno titolo, anche se quelle che abbiano degli effetti coordinativi, dovranno essere valutate alla luce del Regolamento sulle concentrazioni perché è considerata come una concentrazione ai sensi di quest'ultimo.

Per quanto attiene al mantenimento della nozione di impresa comune cooperativa nel regolamento, tale nozione permette di aggiungere un criterio di controllo.

In effetti, se la creazione di un'impresa comune di pieno titolo genera un rischio di coordinamento del comportamento concorrenziale di 2 o più imprese che restino però indipendenti, questo coordinamento sarà valutato nel contesto della stessa procedura di concentrazione ma anche alla luce della conformità ai criteri dell'articolo 101 del TFUE, nello scopo di stabilire se l'operazione sia o meno compatibile con il mercato comune europeo.

Le imprese comuni a titolo parziale o quelle che siano a pieno titolo ma senza una dimensione comunitaria rimangono al di fuori il Regolamento concentrazioni e

42 CANGEMI, *Le imprese comuni nella politica comunitaria della concorrenza*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1998, p.724 ss.

43 Regolamento (CE) n. 1310/1997 del Consiglio che modifica il Regolamento (CEE) n.4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in GUCE, L 180 del 30 giugno 1997.

sono in via esclusiva disciplinate dall'art. 81. In sostanza, la Commissione cercava di portare consistenza ad un campo cui ne mancava.⁴⁴

Nel contesto di alcuni importanti casi, di cui tanti erano legati al settore delle telecomunicazioni⁴⁵, la Commissione sembrava preparata a condurre una valutazione economica più realistica dalla possibilità che le società madri siano effettivamente potenziali concorrenti e della misura in cui gli effetti di ogni restrizione possano essere considerati quali 'apprezzabili' effetti sul mercato interessato.

Quest'evoluzione è stata consolidata nell'ultimo Regolamento sulle concentrazioni, il Regolamento 139/2004.⁴⁶

4. La modernizzazione dell'attuazione dell'art.101

In maggio 2004, vi è stato un cambiamento essenziale nella procedura per l'attuazione dell'art. 81, grazie all'introduzione del Regolamento 1/2003 in quanto nuovo Regolamento relativo all'implementazione delle regole di concorrenza.⁴⁷

Il sistema prevalente prima del detto Regolamento, a seconda del quale l'applicabilità dell'art.81(3) poteva essere raggiunta soltanto a seguito di un esenzione per categoria o in quanto esenzione individuale dopo una previa notifica, vi è stato sostituito da un sistema ove l'eccezione è direttamente applicata, ossia articolo 81(3) diventa direttamente applicabile e non bisogna fare una pre-notifica dell'accordo rilevante.

Inoltre, la riforma ha tolto alla Commissione il monopolio di concedere esenzioni di cui all'art.81(3) e permette ai tribunali nazionali o alle autorità garanti della

⁴⁴ Vedi TEMPLE LANG, *International Joint Ventures under Community Law*, in Hawk (ed) 1999, Fordham 2000, 882: "In future, the apparent differences in style and approach in the past between the Commission's handling of Joint Ventures under Regulation 17 and under the EC Merger Regulation will disappear, and a single intermediate economic-based approach will emerge more clearly".

⁴⁵ Vedi ad esempio *Cegetel+4*, GU 1999, L 218/14.

⁴⁶ *Regolamento (CE) 139/2004*.

⁴⁷ *Regolamento (CE) 1/2003*.

concorrenza degli Stati Membri di applicare l'art.81(3) alle fattispecie che siano portate innanzi alle loro giurisdizioni.⁴⁸

Vigente il previo regolamento n. 17, era raro che le autorità nazionali perseguissero le violazioni degli artt. 81 CE e 82 CE, non da ultimo perché il diritto nazionale consentiva loro di applicare tali disposizioni solo in circa metà degli Stati membri, e anche quando erano autorizzate a farlo, la facoltà della Commissione di concedere esenzioni le scoraggiava dal trattare casi concernenti l'art. 81 (1) CE.

Se un'autorità nazionale avviava un'azione sanzionatoria per violazione dell'art. 81, n. 1, CE, le imprese potevano decidere di notificare il loro accordo o la loro pratica alla Commissione, la quale, essendo tenuta ad agire conseguentemente alla notifica, poteva essere obbligata ad avviare il procedimento, facendo così venir meno la competenza dell'AGC.⁴⁹

5. Assenza di previa autorizzazione delle imprese comuni

Il fatto che delle imprese comuni particolarmente strutturate e importanti non possano più essere notificate o beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art.81(3) abbia generato sostanziali critiche poiché il sistema non consente a degli investimenti significativi di beneficiare di una certezza giuridica.

Questa incertezza non è solo collegata al fatto che un accordo possa essere annullato bensì all'incertezza procedurale che ne risulta: l'impresa comune può ormai essere contestata dalle suddette autorità e tribunali.⁵⁰

La Commissione gode tuttora del diritto di decidere, a seguito dalla sua iniziativa, che l'articolo 81(1) non si applica all'accordo oppure che le condizioni dell'art.81(3) non sono conseguite.⁵¹

⁴⁸ Regolamento 1/2003, Articolo 1(3), 5 e 6.

⁴⁹ Vedi W.P.J. Wils, "Community report", in D. Cahill e J.D. Cooke, *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU*, Cambridge, FIDE 2004, pagg. 679 e segg. V. anche E. Gippini Fournier, «Community report», in H.F. Koeck e M.M. Karollus (a cura di), *The Modernisation of European Competition Law*, Nomos, FIDE 2008.

⁵⁰ Vedi BRAMMER, *Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation*, 2005, 42 CML Rev 1383.

⁵¹ Regolamento 1/2003, Articolo 10.

Tuttavia, tali decisioni sono riservate per dei casi eccezionali relativi al particolare interesse comunitario, ad esempio, quando vi sia un nuovo tipo d'accordo o uno che non ha ancora fatto l'oggetto di una decisione/analisi.

Questi criteri si applicano anche quando le parti chiedono alla commissione un parere sulla legalità dell'accordo.⁵²

Pertanto, anche se una transazione comporti maggiori investimenti, questa caratteristica non sia sufficiente in quanto tale per giustificare una decisione o un parere informale.

6. Il controllo giudiziario delle decisioni della Commissione

In virtù del precedente sistema di notifica *ex-ante*, la Commissione tendeva a concedere un'esenzione individuale alle imprese comuni notificate, ogni tanto dopo avere richiesto alle parti di emendare certi aspetti dell'accordo. Perciò, le parti non avevano alcun incentivo di impugnare l'accordo davanti il giudice.⁵³

Nessuna decisione relativa alla proibizione di un'impresa comune aveva fatto l'oggetto di una sentenza.⁵⁴

Tuttavia, nella causa *European Night Services*⁵⁵, il tribunale di primo grado ha annullato la decisione della Commissione che stabiliva che l'accordo di joint venture concluso da quattro società di trasporto ferroviario ricadesse nell'ambito dell'articolo 81(1). Il tribunale rilevò che le osservazioni della Commissione secondo le quali l'impresa comune verosimilmente restringeva il gioco della concorrenza, non era in linea con un'adeguata analisi delle condizioni del mercato.

La sentenza evidenzia così la necessità di condurre un approccio realistico basato sulla teoria economica nell'applicare dell'art.81(1) alle imprese comuni:

⁵² Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), GU 2004, C 101/78.

⁵³ Nel caso T-17/93 *Matra Hachette v Commission* [1994] ECR II-595, un concorrente estraneo all'accordo denunciava senza successo la concessione di un'esenzione individuale ad un'impresa comune.

⁵⁴ Un procedimento è stato iniziato davanti il tribunale di primo grado per impugnare la decisione proibendo l'accordo *Screen Sport/ EBU*, GU 1991, L63/32, ma la causa è stata discontinuita.

⁵⁵ Casi T-374/94, *ENS v Commissione* [1998] ECR II-3141.

*“Il Tribunale, prima di esaminare gli argomenti delle parti circa la fondatezza del punto di vista della Commissione quanto alle restrizioni della concorrenza, ricorda in limine che la valutazione di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, deve tener conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei servizi contemplati dall'accordo nonché delle effettive condizioni del funzionamento della struttura del mercato interessato”.*⁵⁶

In conclusione, soltanto quando un accordo comportava evidenti restrizioni alla concorrenza tali la fissazione dei prezzi, la ripartizione dei mercati o il controllo dei sbocchi, la Commissione concludeva che l'articolo 81(1) si applicava e analizzava gli argomenti relativi agli effetti pro-concorrenziali nel contesto dell'applicazione dell'articolo 81(3).

7. La Comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontali

The *European Nigh Services* judgment aveva rafforzato la necessità per la Commissione di abbandonare la sua ampia applicazione dell'art.81(1) alle imprese comuni a favore di un esame più concreto degli effetti potenzialmente anticoncorrenziali derivanti dall'impresa comune.

A seguito dello stesso cambiamento concernente gli accordi verticali, la Commissione ha emanato in novembre 2000, una comunicazione sull'applicabilità dell'articolo 81 agli accordi di cooperazione orizzontali.⁵⁷

La Comunicazione stabilisce un quadro legale per la valutazione delle forme comuni di cooperazione orizzontali potenzialmente pro-concorrenziali. L'ambito di operatività della comunicazione include le imprese comuni ma non solo. I patti

⁵⁶ *Ibid.*, §136.

⁵⁷ Comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontali, GU 2001 C3/2.

parasociali e le alleanze strategiche non sono invece coperti da tale strumento giuridico.⁵⁸

La Comunicazione non si applica neppure agli settori sottoposti a regole specifiche, come ad esempio il settore del trasporto marittimo e quello degli assicurazioni. Le operazioni di concentrazione sono sottoposti al Regolamento 139/2004 e non alla detta Comunicazione.

Quest'ultima enuncia e chiarisce il recente approccio economico della Commissione applicato alla valutazione degli accordi orizzontali. I criteri fondamentali per l'analisi di tali accordi sono il potere di mercato delle parti nonché la struttura del mercato nel quale la cooperazione abbia luogo.

8. Le diverse categorie nelle linee direttrici

La Comunicazione divide le diverse pratiche cooperative in sei categorie:

- Gli accordi di ricerca e sviluppo;
- Gli accordi di produzione, inclusi quelli relativi alla specializzazione;
- Gli accordi di acquisto in comune;
- Gli accordi di commercializzazione, inclusi la collaborazione in merito al marketing e la vendita, la distribuzione e la promozione tale la pubblicità;
- Gli accordi di formazione tecnica (standardizzazione), inclusi gli accordi relativi ai standard tecnici o qualitativi;
- Gli accordi in materia di tutela ambientale.

⁵⁸ I patti parasociali saranno considerati separatamente (para.10) allorché le alleanze strategiche sono visti come troppo complessi per essere sottoposte al tale comunicazione assai generale (para.12).

Sezione quarta: L'applicazione dell'articolo 101 alle imprese comuni

1. Introduzione

Prima dell'emanazione del Regolamento 1/2003, la Commissione ha sviluppato un'analisi delle imprese comuni sotto il profilo dell'art.81 in due fasi.

In primo luogo, veniva analizzato se la formazione dell'impresa comune era anticoncorrenziale. In secondo luogo, veniva accertato se l'accordo di joint venture conteneva delle restrizioni specifiche alla concorrenza. Per quanto riguarda la prima fase, il problema principale era di determinare se la semplice sussistenza dell'impresa comune e la sua correlazione con le imprese madri o imprese terzi era in grado di provocare degli effetti restrittivi sulla concorrenza. Per quanto attiene alla seconda fase, ciascuna specifica restrizione era esaminata al fine di stabilire se era direttamente collegata ed indispensabile per l'impresa comune (e quindi accessoria) oppure se costituiva un'ulteriore restrizione che richiedeva una valutazione indipendente. Lo stesso approccio si applica all'auto-valutazione delle imprese comuni dopo l'entrata in vigore del suddetto Regolamento.

Occorre sottolineare che la forma legale dell'impresa comune non sia rilevante nell'applicazione dell'art.81. Bensì, il fattore rilevante è la realtà economica derivante dalla situazione.

Ad esempio, la Commissione ha valutato nell'ambito dell'art.81 la creazione di entità tramite i soli contratti⁵⁹ nonché delle associazioni commerciali senza personalità legale.⁶⁰

Con riferimento all'effetto anticompetitivo, bisogna guardare sia al mercato che alle persone che possano essere colpite. La concorrenza può essere influenzata sia nel mercato dell'impresa comune che in altri mercati. Per esempio, un'impresa

⁵⁹ *GEC-Weir Sodium Circulators*, GU 1977 L 327/26.

⁶⁰ *De Laval/Storck*, GU 1977, L215/11

comune che compravende dei prodotti confezionati delle imprese madri verosimilmente eliminerà la concorrenza tra loro sotto il profilo della vendita di tali prodotti (sul mercato dell'impresa comune) e sarà generalmente considerato come un accordo di vendita in comune (joint selling agreement). Altri mercati affetti possono essere collegati al mercato dell'impresa comune perché sono situati a monte o valle di tale mercato; o possono anche essere non-collegati. Gli effetti restrittivi sulla concorrenza su questi collegati e non collegati mercati sono i cosiddetti effetti di ricaduta (spill-over effect) sulla formazione dell'impresa comune.

Inoltre, occorre disciplinare se l'impresa comune svilupperà una posizione dominante su un determinato mercato e se l'impresa comune in quanto tale o alcuni provvedimenti dell'accordo (i) verosimilmente restringe o falsa la concorrenza tra le società madri oppure tra l'impresa comune e uno o più parenti; oppure (ii) restringe la concorrenza verso terzi.

La Commissione enuncia nella Comunicazione sulle imprese comuni che gli effetti sulla concorrenza tra l'impresa comune e le imprese madri richiedono una valutazione soltanto in caso di impresa comune a pieno titolo. Tuttavia, l'articolo 2(4) del Regolamento concentrazioni sembra supportare la valutazione ai sensi dell'articolo 81 di un'impresa comune a pieno titolo ricadendo nella disciplina delle concentrazioni sia diretta solo in caso di coordinazione tra le imprese madri. Quest'esame è quindi più restrittivo che quello applicato dalla Commissione in virtù dell'art.81 per tali casi al di fuori della disciplina delle concentrazioni.

Qualora un'impresa comune a pieno titolo non abbia una dimensione comunitaria e perciò non ricada nell'ambito del Regolamento concentrazioni, la restrizione sensibile della concorrenza tra l'impresa comune e uno o più imprese fondatrici che non fosse direttamente collegata ed indispensabile all'impresa comune, potrà sempre essere contraria al testo dell'art.81.

Quando la Commissione analizza gli effetti della formazione di un'impresa comune, si impiegherà prevalentemente su quattro diversi indicatori di restrizione

sulla concorrenza: (i) l'eliminazione di concorrenti attuali o potenziali, (ii) gli effetti di ricaduta, (iii) gli effetti di rete nonché (iv) gli effetti di esclusione (foreclosure effect).

2. L'eliminazione dei concorrenti attuali o potenziali

La Commissione ritiene generalmente che un'impresa comune fra concorrenti effettivi restringe, direttamente o indirettamente, il gioco della concorrenza.⁶¹ I concorrenti effettivi sono quelle imprese che operano nel mercato geografico e merceologico dell'impresa comune o in mercati contigui.⁶²

Secondo la Comunicazione sulle imprese comuni, se la joint venture sia a pieno titolo, la relazioni tra essa e le imprese fondatrici vanno esaminate separatamente⁶³ qualora l'impresa comune sia in concorrenza con almeno una delle imprese fondatrici oppure sia uno dei suoi fornitori o clienti. In effetti, le restrizioni di concorrenza nelle relazioni tra l'impresa comune e una delle imprese fondatrici hanno sempre un effetto sulle relazioni tra queste.⁶⁴

Se un'impresa comune che svolge tutte le funzioni di un'entità economica autonoma opera sullo stesso mercato di almeno una delle imprese madri, il coordinamento del loro comportamento su tale mercato è probabile.⁶⁵ Se un'impresa comune a pieno titolo opera su un mercato contiguo a quello delle imprese madri, la concorrenza risulta soltanto ridotta se i mercati presentano un grado considerevole di interdipendenza. In questo caso vi è una concorrenza effettiva, le suddette imprese saranno tentate di ridurre l'intensità della concorrenza

⁶¹ *Astra*, GU, 1993, L20/23. E tuttavia necessario di gli effetti restrittivi sulla concorrenza nel mercato interessato e gli effetti sul commercio intracomunitario siano sensibili, v. *Tredicesima relazione sulla politica di concorrenza*, no 55.

⁶² In *Elopak/Metal Box-Odin*, GU 1990, L209/15, le parti non potevano essere concorrenti effettivi poiché non avevano la tecnologia nello stesso mercato del prodotto. Una società possedeva la tecnologia relativa alla produzione ed al riempimento asettico di contenitori di cartone mentre l'altra società operava nel settore dei contenitori metallici.

⁶³ Para.17.

⁶⁴ Para.21-22

⁶⁵ *Screensport/membri*, GU 1991, L63/32; *Mitchell Cotts/Sofiltra*, GU 1987, L41/31.

concordando le loro politiche commerciali in materia di prezzi e di quantità, oppure limitando volontariamente il loro impegno concorrenziale.⁶⁶

Si osserva che nel settore produttivo, la creazione di una joint venture è in linea di massima vista in grado di restringere la concorrenza perché, dal lato dell'offerta, le parti perdono l'opportunità di fabbricare indipendentemente i prodotti e venderli in concorrenza, mentre dal lato della domanda, la scelta del consumatore si riduce.⁶⁷

Per ciò che riguarda le imprese comuni incaricate della vendita di merce di produttori concorrenti, la Commissione considera generalmente che essi restringono la concorrenza fra le imprese fondatrici dal punto di vista dell'offerta, riducendo così le possibilità di scelta degli acquirenti.⁶⁸

In *Alcatel*, la Commissione rilevi che la possibilità di far commercializzare i prodotti ad una sola parte eliminava un fornitore dal mercato e quindi restringeva la concorrenza. Inoltre, l'impresa comune restringeva la concorrenza nei confronti dei terzi fornitori. La Commissione ritenne che l'art.81 fosse applicabile nonostante il fatto che il progetto richiedeva particolari piani di ricerca e sviluppo ed un elevato grado di cooperazione fra tutte le parti interessate, quello che rendeva il progetto molto costoso.⁶⁹

Riguardo alle imprese comuni di acquisto create da concorrenti, esse possono offrire alle parti un accesso privilegiato alle fonti di approvvigionamento e ridurre così la possibilità di scelta dei fornitori.⁷⁰

Qualora le imprese madri non siano concorrenti effettive, la creazione di una joint venture può tuttavia rientrare nel campo di applicazione dell'art.81 se restringe sufficientemente la concorrenza potenziale. A tale riguardo, la Commissione⁷¹ ha rilevato i criteri cui i quali ciascuna parte all'accordo sia in grado, autonomamente,

⁶⁶ *Konsortium ECR 900*, GU 1990, L228/31.

⁶⁷ *Olivetti/Canon*, GU 1988, L52/51.

⁶⁸ *Sopelem-Vickers*, GU 1978 L70/47; *UIP*, GU 1989, L226/25.

⁶⁹ *Alcatel Espace/ANT Nachrichtentechnik* 1989 L226/25.

⁷⁰ *Jsselcentrale*, GU 1991, L38/32.

di eseguire le attività conferite all'impresa comune e, se dovesse essere così, qualora la creazione dell'impresa comune impedisca di procedere in tale senso. Se alla luce dei seguenti criteri, le imprese fondatrici possono ragionevolmente eseguire tali attività da soli, devono essere considerate concorrenti. I criteri sono:

1. *Fattori conferiti nell'impresa comune* – L'investimento effettuato per la costituzione dell'impresa comune supera notevolmente la capacità finanziaria di ciascun contraente? Allo sguardo dei prodotti che vengono conferiti all'impresa comune, possiede ciascun contraente le conoscenze tecnologiche e le fonti di approvvigionamento necessarie?
2. *Produzione dell'impresa comune* – Una delle parti ha una conoscenza approfondita della tecnologia di produzione? Ciascuna delle parti produce da sola i fattori necessari o i prodotti che derivano dalla produzione dell'impresa comune e può accedere agli impianti necessari alla produzione?
3. *Vendita dell'impresa comune* – Una domanda effettiva o potenziale è tale da consentire a ciascuna delle parti di fabbricare il prodotto per conto proprio? Ciascuna delle parti può accedere ai necessari canali distributivi per la produzione dell'impresa comune?
4. *Fattore rischio* – Ciascuna delle parti è in grado di sostenere i rischi tecnici e finanziari connessi alla produzione dell'impresa comune?
5. *Accesso al mercato rilevante* – Quale è il mercato geografico e merceologico rilevante? Quali sono le barriere all'ingresso del mercato?

Alla luce delle prime decisioni della Commissione al riguardo, si osserva che la tendenza era di concludere che le parti erano concorrenti potenziali, senza che sia stata svolta tuttavia un'approfondita analisi sul livello e sull'importanza di questa concorrenza potenziale. Prerequisiti per arrivare a simili conclusioni sono stati il possesso di tecnologia in settori diversi da quelli in cui operava l'impresa comune e le risorse finanziarie delle parti⁷¹, il compimento di attività di ricerca e sviluppo in

⁷¹ Comunicazione sulle imprese comuni, §35

⁷² *Carbon Gas Technologie*, GU 1983,L 376/17.

relazione al prodotto da parte delle imprese⁷³ o il fatto che le parti fossero concorrenti nei mercati a monte o a valle del prodotto.⁷⁴

Ad esempio, la Commissione ritenne che due imprese che avevano costituito una joint venture per lo sviluppo, produzione e distribuzione di sofisticati microscopi erano concorrenti potenziali poiché disponevano “di notevoli esperienze e capacità” nella fabbricazione di altri tipi di microscopi e una di esse era attiva nel settore in cui operava l’impresa comune.⁷⁵

Cionondimeno, la Commissione ha dopodiché seguito una valutazione più realistica ed economica per determinare se la costituzione di un’impresa comune restringesse la concorrenza potenziale, basandosi sulla natura del prodotto e il mercato rilevante al fine che l’ingresso sul mercato dell’impresa comune sia considerato più che una possibilità teorica.

Facendo una rassegna critica delle decisioni della Commissione, si evince che questa non sempre si è sottoposta ad un approccio realistico.

In *Olivetti/Canon*⁷⁶, la Commissione evidenziò che Olivetti, malgrado le sue risorse finanziarie, non era un concorrente potenziale di Canon nel mercato delle stampanti laser. La Commissione si basò sulle seguenti considerazioni di ordine economico nel giungere a tale conclusione:

- Olivetti avrebbe avuto bisogno di molto tempo per acquisire la necessaria competenza e tecnologia per convertire i suoi impianti;
- Tale conversione avrebbe richiesto considerevoli investimenti in macchinari nonché l’ampliamento degli impianti;
- Data la rapidità del progresso tecnologico nel settore, Olivetti non avrebbe potuto correre il rischio di presentarsi sul mercato con un prodotto superato, mentre molti concorrenti si sarebbero già insediati e sarebbero stati in grado di essere in linea con l’evoluzione tecnologica.

⁷³ *GEC/Weir Sodium Circulators*, GU 1977, L327/26.

⁷⁴ *Vacuum Interrupters II*, GU 1980 L383/1.

⁷⁵ *Sopelem-Vickers*, GU 1978, L70/47,

Queste considerazioni relative alle caratteristiche del mercato e del prodotto hanno convinto la Commissione che Olivetti non sarebbe stato in grado di supportare gli elevati rischi connessi alla produzione di stampanti laser.

Questa decisione va letta in contraddizione con i primi casi, come *Vacuum Interrupters* e *Carbon Gas Technologie*, in cui la nozione di concorrenza potenziale è stata interpretata in un modo molto più ampio.

In *Olivetti*, la Commissione giunse cionondimeno alla conclusione che la detta impresa era un concorrente potenziale nella fascia media delle copiatrici poiché era ragionevole ipotizzare che si sarebbe assunta da sola i rischi tecnici e finanziari connessi alla produzione di tali apparecchi. Tra l'altro, la Commissione rilevò che l'input a livello prodotti utilizzati per le fasce bassa e media era sensibilmente identico e che la competenza e tecnologia di Olivetti nel settore delle copiatrici avrebbero potuto consentirle di accedere alla fascia media.

Risulta da quest'esame un approccio più pragmatico grazie alla quale la Commissione va al di là della semplice relazione di concorrenza tra le parti ma sviluppa una valutazione basata su una serie di fattori relativi all'andamento del mercato rilevante e alle caratteristiche del prodotto. Quest'approccio conferma inoltre che il grado di concorrenza potenziale dipende in gran parte dalla natura del prodotto fabbricato.

In *Elopak*⁷⁷, due imprese avevano creato un'impresa comune controllata pariteticamente, per la ricerca, sviluppo e sfruttamento di una nuova forma di contenitore di cartone destinato ad alimenti trattati con procedimento UHT. Secondo la Commissione, le imprese madri non erano concorrenti potenziali nel mercato del prodotto poiché nessuna delle due parti sarebbe potuta, nel breve periodo, entrare da sola nel mercato siccome ciò avrebbe richiesto una conoscenza della tecnologia delle altre parti, la quale non avrebbe potuto essere sviluppata senza un investimento importante a lungo termine.

⁷⁶ *Olivetti/Canon*, GU 1988, L 52/51.

⁷⁷ *Elopak/Metal Box-Odin*, GU 1990, L 209/15.

Inoltre, la Commissione sottolineò che lo sviluppo del nuovo prodotto richiedeva una necessaria cognizione tecnica di entrambe le imprese. I rischi tecnici inerenti alla ricerca relativa ad un nuovo prodotto di qualità ancora da provare e che implicano una tecnologia del tutto nuova per ciascun partner nonché i rischi inerenti allo sviluppo del nuovo procedimento di riempimento rendevano in pratica impossibile a ciascuna delle parti di esercitare queste attività in proprio.

Questa decisione pare indicare una maggiore flessibilità nell'interpretazione della concorrenza potenziale proveniente dalla Commissione.

La vera novità di questa decisione rispetto agli altri casi, in particolare *BBC Brown Boveri*⁷⁸, è rappresentata dal fatto che la Commissione non limitò la sua valutazione sulla concorrenza potenziale al periodo successivo alla formazione dell'impresa comune ed alla produzione e commercializzazione del prodotto, ma accertò prima che al momento in cui l'impresa comune era stata costituita, le imprese fondatrici non erano concorrenti potenziali nel settore in cui avrebbe operato l'impresa comune poiché era ipotizzabile che nessuna delle imprese madri avrebbero sviluppato il nuovo prodotto da sola.

Inoltre, occorre notare che l'impresa comune e Metal Box non avrebbero potuto essere concorrenti potenziali allorché l'impresa comune era stata costituita, poiché il nuovo prodotto non era ancora stato sviluppato e Metal Box non sarebbe stato in grado di produrlo da sola.

D'altra parte, sebbene avesse ammesso che una volta commercializzato il prodotto, l'impresa comune sarebbe potuta divenire una concorrente di Metal Box, la Commissione ritenne che erano state previste nell'accordo sufficienti garanzie, come gli obblighi per le imprese madri in materia di licenze tecnologiche in caso di scioglimento dell'impresa comune, per evitare l'applicazione dall'art.81.

In *Konsortium ECR 900*⁷⁹, la Commissione giunse alla conclusione che la creazione di un consorzio per lo sviluppo, produzione e distribuzione congiunta di

⁷⁸ GU 1988, L301/68.

⁷⁹ *Konsortium ECR 900*, GU 1990, L228/31.

un sistema paneuropeo digitale cellulare di radiotelefonica mobile non rientrava nel disposto dell'art.81 poiché era risultato che nessun membro del consorzio avrebbe intrapreso il progetto da solo a causa degli elevati costi e della ristrettezza dei tempi.

La Commissione sottolineò pure che non era ipotizzabile ritenere che le parti si sarebbero assunte da sole il rischio inerente allo sviluppo e alla fabbricazione del sistema, in particolare alla luce della limitata domanda e del fatto che solo con l'aggiudicazione dell'appalto gli offerenti sarebbero stati in grado di ammortizzare i costi estremamente elevati dei lavori di sviluppo.

Pertanto, in linea con la decisione *Elopak*, la Commissione dichiarò che non vi era realisticamente motivo per le varie imprese di operare individualmente.

Cionondimeno, la Commissione non è sempre stata così precisa e coerente nell'analisi della concorrenza effettiva o potenziale dell'impresa comune con le imprese fondatrici. Per esempio, In *Cecakan*⁸⁰, la Commissione ha svolto un esame che sembra ricollegarsi ad un approccio più restrittivo.

Un gruppo svedese, attivo nel settore degli imballaggi ed un produttore tedesco di cartone e imballaggi di cartone avevano creato una joint venture per sviluppare e commercializzare una nuova tecnologia per imballaggi. Il produttore tedesco non produceva cartoni laminati con materiali plastici e alluminio che sarebbero stati prodotti grazie all'impresa comune. Nonostante questo dato di fatto, la Commissione considerò che le parti dovevano essere viste come concorrenti potenziali per quanto attiene allo sfruttamento di metodi analoghi ai metodi *Cekacan*, oppure per quanto riguarda la produzione e vendita dei laminati.

Anche nella decisione *KSB*⁸¹, il ragionamento della Commissione non è stato del tutto rigoroso. Quattro produttori di pompe avevano raggiunto un accordo per formare un'impresa comune per la ricerca, lo sviluppo e la produzione delle parti idrauliche dirette ad una pompa in acciaio inossidabile. Una sola delle parti possedeva la tecnologia per sviluppare questi componenti mentre tutte quante

⁸⁰ *Cecakan*, GU 1990 L 299/64.

⁸¹ *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, GU 1991 L 19/25.

erano considerate concorrenti potenziali nel mercato dei componenti poiché avevano le risorse finanziarie per sviluppare da sole i detti componenti. La Commissione ritenne che per dei motivi legati alla dimensione delle società, si poteva presumere che ogni parte fosse in grado di sviluppare i componenti da sola. Inoltre, le altre tre parti avrebbero potuto acquisire la necessaria tecnologia mediante licenze, ed infine, le parti avrebbero potuto raggiungere il livello di produzione necessario per una produzione in serie redditizia concedendo licenze a terzi o producendo la merce su richiesta di terzi.

L'orientamento della Commissione nel caso *De Laval*⁸² non è neanche dal tutto condividibile, manca infatti un'analisi prodotto per prodotto simile a quella effettuata in *Olivetti/Canon*. Sembrerebbe che in questo caso, la Commissione abbia finanche ritenuto che la possibilità riconosciuta ad una parte di rientrare nel mercato dell'impresa comune, qualora le altre parti se ne fossero ritirate, rappresentava uno dei fattori che le attribuivano il ruolo di concorrente potenziale. Questo esito non pare molto realistico.

Il ragionamento della Commissione nel caso *BBC* non è meno esente da critiche. La Commissione considerò in questo caso che una delle società madri era un concorrente potenziale poiché avrebbe avuto accesso alla tecnologia sviluppata dalla joint venture nel settore delle batterie, senza avere chiarito se da un punto di vista economico e finanziario questa società fosse davvero in grado di acquisire la tecnologia da sola. Di più, l'impresa in questione era un produttore di ceramica senza alcuna cognizione tecnica nel settore delle batterie, quello che rafforza il dubbio sulla conclusione di tale decisione.⁸³

In via conclusiva, si può affermare che la politica della Commissione concernente la nozione di concorrenti effettivi o potenziali ha subito una maggiore influenza della teoria economica che permette alle imprese di contare su un approccio molto più pragmatico. Le quote di mercato detenute dalle imprese fondatrici sul mercato

⁸² *De Laval-Stork*, GU 1977 L215/11.

⁸³ *BBC Brown-boveri*, GU 1988 L 301/68.

geografico e sul mercato del prodotto dell'impresa comune rimane un elemento rilevante. Una soluzione per riconciliare le molteplici decisioni potrebbe essere quella di attribuire maggiore importanza ai costi finanziari ad ai rischi derivanti dall'ingresso nel mercato dell'impresa comune. In questo senso, la proporzione del costo totale del prodotto finale che diventa costo comune è un fattore evidenziato dalla Commissione.⁸⁴ Tuttavia, il peso attribuito ai vari criteri non è chiaro e non sembra limitare la discrezionalità della Commissione. Ad esempio, nonostante il fatto che le imprese fondatrici siano concorrenti su un mercato strettamente collegato a quello dell'impresa comune, queste imprese possono non essere potenziali concorrenti sul mercato dell'impresa comune. Le recenti decisioni nel settore delle telecomunicazioni dimostrano questo approccio.⁸⁵ Questo mercato è caratterizzato da cambiamenti veloci che richiedono una valutazione pragmatica sull'attuale e potenziale effetto coordinativo dell'impresa comune.⁸⁶ Così in questo settore, le imprese fondatrici non sono concorrenti potenziali qualora il prodotto realizzato dall'impresa comune necessiti una tecnologia avanzata in cui almeno uno delle imprese madri non abbia esperienza.

3. Gli effetti di ricaduta

Qualora le imprese fondatrici fossero concorrenti in un mercato contiguo o anche non contiguo oppure qualora l'impresa comune a pieno titolo possa diventare un concorrente dalle dette imprese in questi altri mercati, la Commissione analizzerà se l'impresa comune possa avere un effetto di ricaduta, il c.d. effetto spill-over.

Quest'effetto risulta dai provvedimenti negoziali oppure, semplicemente, di una probabile conseguenza dell'effetto della joint venture sulle attività delle imprese fondatrici, o ancora, dell'effetto della relazione diretta tra l'impresе comuni e le imprese madri. Sebbene non vi sia un coordinamento attivo negli altri mercati, la

⁸⁴ Para.88 degli orientamenti relativi agli accordi di cooperazione orizzontali.

⁸⁵ Anche nel settore aeronautico, vedi la valutazione della Commissione secondo cui Alitalia non era un concorrente potenziale di Air France sulla linea Parigi-Torino: *Air France/Alitalia*, 2005, CMLR 1504, para.111-126.

⁸⁶ Tuttavia, quando le imprese fondatrici abbiano degli operatori di telecomunicazione incumbenti, vi sia in linea di massima un effetto sulla concorrenza attuale o future. Vedi *British Interactive Broadcasting Open*, GU 1999, L312/1; *Uniworl*d, GU 1997, L381/24; *Unisource*, GU 1997, L 381/1.

concorrenza tra le imprese fondatrici può essere tuttavia ridotta. Tale restrizione può far scattare l'applicazione dell'art.81(1).

Al fine della valutazione degli effetti di ricaduta, la proprietà nonché la struttura di controllo dell'impresa comune, la taglia di quest'ultima allo sguardo di quella delle imprese fondatrici nonché la durata dell'accordo saranno in generale i criteri rilevanti per effettuare una valutazione adeguata.

Un effetto concorrenziale tra l'impresa comune e almeno una delle sue imprese madri sarà in via generale soltanto rilevante qualora la joint venture sia a pieno titolo. Così diversi ambiti di operatività possono essere colpiti dagli effetti spill-over: le imprese comuni orizzontali, (qualora l'impresa comune entri nel mercato di una delle imprese madri), l'estensione dei mercati (qualora entri in un mercato geografico diverso ma il mercato merceologico essendo lo stesso), l'estensione dei prodotti (qualora l'impresa comune entri in un mercato merceologico diverso ma comunque collegato a quello delle imprese madri). Anche quando le imprese comuni non sono concorrenti tra di loro in un altro mercato merceologico, il prodotto sviluppato dall'impresa comune può in una certa misura competere con il prodotto esistente di una delle imprese fondatrici in un mercato contiguo.

In tali circostanze, vi è un rischio di coordinamento del comportamento commerciale tra l'impresa comune e i suoi parenti in un area contigua. La situazione è un problema per esempio nel settore delle tecnologie avanzate nel quale le frontiere tra i mercati del prodotto fluctuoscono velocemente. Sebbene vi sia un mercato del prodotto diverso ma con lo stesso mercato geografico, questa situazione potrebbe eventualmente provocare degli effetti anticoncorrenziali.

Nel caso *BT/MCI*, l'impresa comune sviluppava e vendeva su una scala internazionale dei servizi di telecomunicazione per grande multinazionali. C'era nell'accordo una clausola relativa ad un obbligo reciproco per le imprese fondatrici di non-concorrere. Un'esenzione fu concessa per sette anni per l'accordo di joint venture e per cinque anni per la suddetta clausola.⁸⁷

⁸⁷ *BT/MCI(I)*, GU 1994, L223/36.

4. Gli effetti di ‘network’

Qualora l’impresa comune faccia parte di una rete di imprese comuni concorrenti, vi sia una possibilità di coordinamento del comportamento commerciale da alcune imprese comuni, come ad esempio una ripartizione geografica dei mercati. Perciò è indispensabile stabilire se l’impresa comune faccia parte di una serie di rete di joint ventures delle stesse imprese madri oppure di una rete di imprese comuni connettendo diversi imprese madri.

In primo luogo, la Commissione ha notato che tali reti di imprese comuni possono provocare un effetto restrittivo sulla concorrenza tramite un’intensificazione dell’effetto delle imprese comuni individuali sulla politica delle imprese fondatrici e sulla posizione sul mercato di terzi.⁸⁸

La Commissione considera a tal riguardo che la concorrenza tra le società madri è ridotta a seguito dell’aumento dei stretti collegamenti tra di loro, formato da ciascuna nuova impresa comune.

Nel caso *Fibre Ottiche*, la Commissione sollevò diverse obiezioni nei confronti degli accordi relativi ad un’impresa comune conclusi da Corning con società provenienti dalla Francia, Germania e del Regno-Unito, sul solo presupposto che Corning era in una posizione tale da poter impedire alle imprese comuni di essere concorrenti tra di loro. La Commissione ritenne che non vi era rilevante restrizione della concorrenza tra le imprese fondatrici in ogni paese ma siccome gli accordi stabilivano una rete di imprese comuni collegate fra di loro con lo stesso fornitore di tecnologia avanzata in un mercato oligopolistico, la concorrenza tra le imprese comuni sarebbe ristretta ai sensi dell’art.81(1). Dopo vari emendamenti, fu concessa un’esonazione dalla Commissione in virtù dall’art.81(3).⁸⁹

In secondo luogo, una preoccupazione relativa alla rete può anche emergere qualora le imprese fondatrici concorrenti creano diverse imprese comuni per la

⁸⁸ *XXIV Relazione sulla politica della concorrenza*, 1994, punto 187.

⁸⁹ *Fibre Ottiche*, GU 1986 L236/30.

produzione e la distribuzione, oppure qualora la rete sia tra non-concorrenti imprese madri laddove un'impresa fondatrice è comune a tutte le imprese comuni. Cionondimeno, quando le varie imprese comuni non sono concorrenti sullo stesso mercato, è indispensabile di dimostrare in che modo un'impresa fondatrice comune a tutte le imprese comuni provoca un effetto anticoncorrenziale.

Per valutare la teoria degli effetti di rete, bisogna pertanto tener conto delle diverse forme di organizzazione delle reti di imprese comuni nonché degli effetti cumulativi di reti esistenti in parallelo.⁹⁰

5. Gli effetti di esclusione

L'articolo 81(1) si applica anche qualora un'impresa comune sia costituita fra società che non sono concorrenti, né attuali, né futuri. Infatti, la sua creazione potrebbe incidere sulla concorrenza fra imprese fondatrici e fra la joint venture ed i terzi in un mercato a monte o a valle. Quello avviene quando c'è un elemento di esclusiva tra i parenti e l'impresa comune, sia laddove le imprese fondatrici sono obbligate a comprare tutto il loro materiale dall'impresa comune e quindi di impedire la vendita alle imprese madri da parte di fornitori concorrenti). Il

⁹⁰ Alle restrizioni di concorrenza già imputabili a ciascuna impresa comune vanno ad aggiungersi quelle che emergono nelle relazioni tra imprese comuni. Nel contempo ogni ulteriore impresa comune rafforza i rapporti fra le imprese fondatrici sicché la concorrenza tra le stesse risulta ulteriormente indebolita. Un analogo rafforzamento degli effetti restrittivi della concorrenza è probabile, quando le imprese fondatrici concorrenti costituiscono più imprese comuni per la fabbricazione di prodotti complementari destinati ad essere da loro stesse trasformati, o di prodotti differenti che intendono commercializzare in proprio, aumentando l'estensione e l'intensità delle restrizioni di concorrenza. Il gioco della concorrenza risulta alterato in misura particolarmente grave, quando tra partner concorrenti di un medesimo settore a struttura oligopolistica si moltiplicano le costituzioni di imprese comuni per prodotti vicini o per vari prodotti a monte. Anche nelle ipotesi che l'impresa comune sia costituita tra imprese non concorrenti che considerata singolarmente non comporti restrizioni di concorrenza, può ricadere nel disposto dell'art.81(1) per il fatto di appartenere ad una rete di imprese comuni poste in essere dalla medesima impresa e per un medesimo mercato di prodotti con una serie di partner diversi, in quanto la concorrenza fra varie imprese comuni può essere impedita, limitata o falsata. In caso di concorrenza reale o potenziale tra detti partner, sono da aggiungere gli effetti restrittivi nei loro rapporti. La presenza di reti parallele di imprese comuni cui partecipino o ogni volta imprese diverse esprime soltanto il grado di connessione personale o finanziaria esistente in un settore economico o tra più settori. Tali reti costituiscono un aspetto importante del contesto economico di cui è necessario tener conto nella valutazione in base al diritto della concorrenza delle diverse reti, nonché delle imprese comuni ad essere appartenenti e sono, pertanto, comparabili al grado di concentrazione sul mercato in questione (Comunicazione sulle imprese comuni cooperative, para.27 e segg.)

medesimo problema si porrà quando, al contrario, l'impresa comune è obbligata di fornire prodotti soltanto alle imprese fondatrici, impedendo così ai concorrenti delle dette imprese di ottenere il loro materiale.

Ad esempio, in *Alcatel*, la Commissione rilevi che la procedura prevista per il rifornimento ad una parte delle attrezzature prodotte dall'altra, malgrado il fatto che non prevedesse un divieto di approvvigionamento presso altre fonti, tendeva ad eliminare la concorrenza di altri fornitori.⁹¹

L'analisi della Commissione a tal riguardo dipenderà soprattutto del potere di mercato delle imprese fondatrici nonché del probabile livello di concorrenza a seguito della costituzione dell'impresa comune. Il divieto contenuto all'art.81(1) si applicherà prevalentemente laddove il mercato è concentrato.

Effetti di esclusione sussistono anche quando la crescita di attuali concorrenti delle imprese fondatrici è impedita o quando vi è un aumento delle barriere all'ingresso del mercato.

In *Elopak*, la Commissione giunse la conclusione che la creazione dell'impresa comune non avrebbe impedito la concorrenza perché vi era sul mercato alcuni altri importanti concorrenti con il medesimo know-how e accesso alle medesime tecnologie.⁹²

La Commissione valuta inoltre la possibilità dell'ingresso sul mercato da parte di imprese che operano su un mercato diverso di quello dell'impresa comune e del mercato geografico delle imprese madri e se possono essere dei nuovi concorrenti indipendenti. Le opportunità di dei precedenti fornitori o clienti possono anche essere ristrette. Un'impresa comune ridurrà verosimilmente la volontà delle imprese fondatrici di cooperare con terzi nel medesimo settore.

Distorsioni possono inoltre essere provocate dalla concessione di licenza esclusiva all'impresa comune da parte delle società madri, poiché, in tal modo, le società

⁹¹ *Alcatel Espace/ANT Nachrichtentechnik* GU 1990, L 32/19.

⁹² *Elopak/Metal Box-Odin*, GU 1990, L 209/15.

terze non possono ottenere licenze. In *Fibre Ottiche*, la Commissione si disse pronta ad accordare un'esenzione solo nel caso in cui le licenze fossero state trasformate in non esclusive. Dopodiché, le parti hanno inserito nell'accordo la clausola secondo cui l'impresa comune venderebbe i prodotti a delle società terzi in via non discriminatoria e potrebbe ottenere dei prodotti forniti da società diverse di quelle imprese fondatrici.⁹³

Infine, quando una delle imprese fondatrici è l'operatore di una rete di infrastrutture alla quale i concorrenti possono accedere, vi sarà un rischio di eliminazione dei concorrenti per ragione legate a delle pratiche discriminatorie. La detta impresa sarà infatti in una posizione dominante sul mercato rilevante e vi sono dei rischi che abuserà questo statuto.

6. Una restrizione sensibile della concorrenza

Occorre notare che per scattare l'applicazione dell'art.101(1), è necessario che la costituzione della joint venture dia luogo ad una restrizione sensibile della concorrenza. L'accordo deve falsare la concorrenza in un modo tale che gli effetti negativi sul mercato per ciò che riguarda i prezzi, output, innovazione, varietà, qualità dei prodotti o servizi siano probabili.⁹⁴ Qualora le parti abbiano solo delle quote di mercato basse, non vi sarà in linea di principio un effetto sensibile sulla concorrenza nei mercati rilevanti.

Anche quando l'addizione delle quote di mercato è elevato, bisogna lo stesso controllare le quote individuali dalle parti. Se nella creazione di un'impresa comune, una società ha una quota insignificante, la sua combinazione con una società con un quota elevata non causerà sicuramente un effetto restrittivo sensibile alla concorrenza. Ovviamente altri criteri quali la competitività e concentrazione del mercato geografico e merceologico nonché il potere economico e finanziario delle parti o ancora le barriere all'ingresso sul mercato saranno presi in considerazione. Altri elementi che possono essere rilevanti sono la trasparenza e la

⁹³ *Fibre Ottiche*, GU 19886, L305/33.

⁹⁴ Comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontali, GU 2001, C3/2.

stabilità dei prezzi, la stabilità delle quote di mercato, la taglia di quest'ultimo, la stabilità delle tecnologie in questione.

7. Le restrizioni accessorie

Le restrizioni accessorie sono quelle restrizioni oggettivamente necessarie per permettere alla joint venture di iniziare e proseguire correttamente la sua attività e che sono di conseguenza inerenti per la loro natura all'operazione interessata. Devono essere sottoposte all'oggetto dell'impresa comune. A tal riguardo, il ragionamento è assai astratto, basato più sulla natura dell'impresa comune che la situazione concorrenziale sul mercato.

Nella sentenza *M6*⁹⁵, il tribunale di primo grado ha rilevato che il fatto che le restrizioni erano indispensabili al successo commerciale dell'impresa comune non era il criterio essenziale, bensì il criterio essenziale era che, senza queste clausole, l'impresa comune non sarebbe, o difficilmente sarebbe, stata implementata. Inoltre, il Tribunale ha ritenuto che "la necessità" implica delle considerazioni non solo legate alla natura delle restrizioni ma anche alla proporzionalità: la durata e la portata geografica delle restrizioni devono essere valutate.

Il tribunale ha respinto in questo caso gli argomenti secondo cui tale clausole devono essere sottoposte alla c.d. "rule of reason", controbilanciando gli effetti negativi agli effetti positivi sul mercato.

Le restrizioni accessorie sono anche valutate nell'ambito del Regolamento Concentrazioni e la pratica della Commissione al riguardo nonché la Comunicazione della Commissione sulle restrizioni accessorie sono utili.⁹⁶

Occorre sottolineare che le restrizioni accessorie non sono valutate separatamente dall'impresa comune. Qualora quest'ultima non ricadi nell'applicazione dell'art.81(1), le restrizioni accessorie non siano a fortiori anti-concorrenziali. Invece, qualora l'impresa comune ricadi nello scopo dell'art.81(1) ma che essa

⁹⁵ Caso T-112/99 *Métropole Television-M6 v Commission*, 2001, ECR II-2459, para.104-117.

⁹⁶ Comunicazione relativa alle restrizioni direttamente collegate e necessarie alle concentrazioni, GU 2005, C56/24

raggiunge le condizioni previste dall'art.81(3), le restrizioni accessorie saranno lecite senza un'ulteriore ed indipendente valutazione.

Si deve rilevare, al riguardo, che le restrizioni relative alla concorrenza tra le imprese fondatrici e le attività specifiche dell'impresa comune sono state giudicate come delle restrizioni accessorie. La Commissione ha cambiato il suo approccio precedente secondo il quale le restrizioni di non-concorrenza per tutta la durata dell'impresa comune erano accettate.⁹⁷ Nella decisione *TPS*⁹⁸, la Commissione concluse che la clausola di non-concorrenza poteva solo applicarsi durante l'avvio dell'attività, ossia, durante i tre primi anni. Se un obbligo di non-concorrenza va oltre il campo geografico dell'impresa comune o del mercato merceologico rilevante, sarà probabilmente non-accessoria.⁹⁹ Così, in *BT/MCI*¹⁰⁰, l'accordo includeva dei disincentivi finanziari per ciascun delle imprese madri concorrenti sul mercato dei telefoni pubblici nel mercato geografico dell'altra impresa madre (gli Stati Uniti per MCI e il resto del mondo per BT).

Siccome questo ambito di operatività non faceva parte dell'attività dell'impresa comune, la detta clausola non poteva essere considerata come una restrizione accessoria.

L'analisi delle decisioni della Commissione ha permesso anche di rilevare che le clausole di non-concorrenza che si applicano dopo la vendita delle quote di mercato di un'impresa madre nell'impresa comune sono considerati come delle restrizioni tali da costituire un'infrazione alle regole di concorrenza. Ad esempio in *Pasteur*, un'impresa fondatrice aveva accettato una restrizione post-termini riguardante il conferimento di una licenza ad un terzo relativa ad un prodotto fabbricato dalla joint venture o un prodotto concorrente per una durata di cinque anni senza opposizione da parte della Commissione.¹⁰¹

⁹⁷ *Asahi/Saint Gobain* GU 1994 L 354/87.; *Philips/Osram*, GU 1994, L378/37.

⁹⁸ *TPS*, GU 1999, L90/6.

⁹⁹ Vedi la suddetta Comunicazione, para.37-39.

¹⁰⁰ *BT/MCI*, GU 1994, L223/36.

¹⁰¹ *Pasteur Mérieux-Merck*, GU 1994, L309/1.

Gli obblighi per l'impresa comune di acquisire in via esclusiva prodotti provenienti dalle imprese madri o di fornire solo quest'ultime possono essere delle restrizioni non essenziali poiché accessorie (perlomeno per il periodo di avviamento) o in modo alternativo, ricadere nel disposto dell'art.81(3).¹⁰² Cionondimeno, per quanto riguarda il prodotto finale, un accordo secondo cui le imprese fondatrici sarebbero i distributori esclusivi dell'output della joint venture non dovrebbe essere generalmente "accessorio" perché lo scopo della joint venture va anche raggiunto senza che le imprese madri siano i distributori esclusivi, evitando così una ripartizione dei mercati che corrisponde ad una violazione grave del diritto della concorrenza. La Commissione non è d'accordo su questo punto. Nel settore delle telecomunicazioni, la Commissione considera che una distribuzione esclusiva permette una più grande protezione dei diritti di proprietà intellettuali delle imprese madri.¹⁰³

Per quanto attiene alle licenze esclusive in materia di tecnologia, la pratica della Commissione dimostra che qualora vi sia un'impresa comune a pieno titolo che concorre con una delle imprese madri, tale restrizione che va oltre il periodo iniziale della joint venture può non essere accessoria, soprattutto quando l'accordo contiene inoltre dei provvedimenti relativi alle vendite collegate ad un territorio determinato.¹⁰⁴

¹⁰² *Atlas*, GU 1996, L239/23; *Olivetti/Digital*, GU 1994, L309/24.

¹⁰³ Vedi *Phoenix Global One*, GU 1996, L239/57; *Unisource*, GU 1997, L381/1; *Uniworld* GU 1997, L381/24.

¹⁰⁴ *Mitchell Cotts/Sofiltra*, GU 1987, L41/31.

Sezione quinta: L'applicazione alle imprese comuni dell'esenzione prevista all'articolo 101(3)

1. Introduzione

Alcune imprese comuni possono beneficiare dei regolamenti per categorie relativi alla ricerca e lo sviluppo, e agli accordi di specializzazione. Queste due categorie saranno esaminate nella sezione quinta di questo capitolo. Tuttavia, non via siano dei regolamenti di esenzione per categoria per gli accordi di cooperazione orizzontali e non esiste ormai la possibilità di ottenere dalla Commissione una decisione individuale sull'applicabilità dell'art. 101(3) per le imprese comuni ricadendo nell'ambito di operatività dell'art.101(3) ma fuori dalla condizioni dei suddetti regolamenti.

Infatti, la modernizzazione introdotta dal Regolamento 1/2003 ha abrogato il sistema di notifica di un'operazione presso la Commissione. Ogni impresa è richiesta di fare un'auto-valutazione dei suoi accordi.

Sebbene questo nuovo meccanismo offre una certa flessibilità per le imprese, l'assenza di decisione formale può essere problematico quando un'impresa comune coinvolge imprese con significativa quota di mercato e che fanno un sostanziale impegno finanziario.

Qualora un accordo relativo ad un'impresa comune sia colpito dal divieto dell'articolo 101(1) occorre considerare, ai fini di beneficiare di un'esenzione, se le quattro condizioni previste dall'articolo 101(3) siano soddisfatte: l'impresa comune deve cioè contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne risulta, evitando, nel contempo, di imporre restrizioni che non siano indispensabili per conseguire tali obiettivi e di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Sebbene le quattro condizioni siano cumulative, sembra che la Commissione europea attribuisca un maggior peso ai miglioramenti prodotti, come il progresso tecnico, l'incremento produttivo o un aumento di efficienza, e al mantenimento di un sufficiente grado di concorrenza sul mercato.¹⁰⁵

Queste sono considerate dalla Commissione come le due condizioni chiave per decidere se un'impresa comune possa beneficiare di un'esenzione in virtù dell'articolo 101(3).¹⁰⁶

Passando in rassegna le decisioni della Commissione si evince che, eccezion fatta per pochi casi, le imprese comuni coperte dal divieto dell'art. 101(1) hanno ottenuto un'eccezione in virtù dell'art. 101(3). La pratica "pre-modernizzazione" della Commissione resta rilevante nel valutare il modo in cui le condizioni dell'art.101(3) sono realizzate. Perciò, la politica seguita dalla Commissione in relazione all'art. 101(3) è riassunta qui sotto.

2. Legalità dell'impresa comune

Per decidere se un accordo di costituzione di un'impresa comune sia meritevole di un'esenzione ai sensi dell'art.105(3), la Commissione considera che:

¹⁰⁵ Commissione europea, Quindicesima relazione sulla politica di concorrenza, n.26.

¹⁰⁶ La Comunicazione sulle imprese comuni cooperative stabilisce nei paragrafi 54-55 che « Per soddisfare le prime due condizioni dell'articolo 85, paragrafo 3, l'impresa comune deve inoltre offrire ai terzi, in particolare ai consumatori, vantaggi obiettivi reali atti almeno a compensare gli inconvenienti che comporta per la concorrenza. Tra i vantaggi nel senso testé citato, la Commissione attribuisce particolare importanza allo sviluppo di prodotti o di processi nuovi o migliorati, nonché alla loro introduzione sul mercato da parte degli inventori stessi oppure da parte di terzi in base ad una licenza. La Commissione è disponibile inoltre ad un'eventuale esenzione a favore delle misure destinate ad aprire nuovi mercati, sia che si tratti di nuovi mercati geografici per prodotti esistenti oppure dell'ampliamento della gamma di prodotti disponibili. In tutti questi casi le imprese operano come strumenti di una concorrenza dinamica che contribuisce a rafforzare simultaneamente il mercato unico e la competitività del settore interessato. L'aumento della produzione e delle vendite può altresì rappresentare un elemento di stimolo della concorrenza. Viceversa, la razionalizzazione dell'apparato produttivo o della rete di distribuzione rappresenta piuttosto per le imprese una maniera di adattare l'offerta ad una domanda stagnante o in calo. Essa comporta tuttavia riduzioni dei costi che, in caso di concorrenza efficace, vengono in generale ripercosse sui clienti sotto forma di prezzi più vantaggiosi. I progetti di riduzione della capacità produttiva mirano invece per lo più ad aumentare i prezzi e sono da valutare positivamente soltanto se servono a superare una crisi strutturale, accelerano il ritiro dal mercato di capacità produttive non redditizie e ricreano quindi nel medio periodo le condizioni di una concorrenza basata sulle prestazioni».

- L'impresa comune contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico;
- Gli utilizzatori finali ottengono una congrua parte dell'utile;
- L'impresa comune sia indispensabile o vi siano altri mezzi meno restrittivi per raggiungere gli obiettivi dell'impresa comune;
- La concorrenza sarà eliminata o ridotta ad un livello inaccettabile a seguito della creazione dell'impresa comune.

2.1 Miglioramento della produzione o della distribuzione e promozione del progresso tecnico o economico

Poiché le imprese comuni innovative producono automaticamente un progresso tecnico o economico, questa condizione è generalmente soddisfatta senza difficoltà. Tra i benefici individuati della Commissione a tal riguardo, si possano notare i seguenti: permettere l'ingresso di una o di entrambe le società fondatrici in un nuovo mercato geografico o del prodotto¹⁰⁷; ripartire i rischi finanziari e di altro genere relativi allo sviluppo di prodotti di avanzata tecnologia¹⁰⁸; rendere vantaggiosa la produzione di prodotti intermedi usati dalle imprese fondatrici¹⁰⁹; semplificare e accelerare la transizione della tecnologia dal livello della progettazione e ricerca a quello della produzione su scala industriale¹¹⁰; ridurre la sovraccapacità¹¹¹; utilizzare una maggiore porzione di capacità esistente grazie alla comparsa sul mercato di un nuovo ed efficiente concorrente¹¹²; produrre una gamma più ampia di attrezzature sofisticate a prezzi competitivi¹¹³; riguadagnare competitività e ridurre progressivamente le perdite attraverso la chiusura di fabbriche, riduzione delle eccedenze di capacità, ottimizzazione dei costi di trasporto¹¹⁴; e risparmio energetico.¹¹⁵

¹⁰⁷ *De Laval-Stork*, GU 1977 L215/11; *Amersham-Buchler*, GU 1982 L314/34.

¹⁰⁸ *Vacuum Interrupters*, GU 1980 L 383/1; *Beecham-Parke Davis*, GU 1979 L 70/11.

¹⁰⁹ *Settima relazione sulla politica di concorrenza*, n.ri 117-119.

¹¹⁰ *Carbon Gas Technologie*, GU 1983 L 376/5

¹¹¹ *Bayer/BP Chemicals* GU, 1988 L 150/35

¹¹² *Rockwell/Iveco* GU 1983 L 224/19.

¹¹³ *Alcatel Espace/ANT Nachrichtentechnik* GU 1990, L 32/19.

¹¹⁴ *Enichem/ICI* GU 1988 L 50/18.

¹¹⁵ *BP/Kellogg* GU 1985 L 369/6.

Da vari casi si possono trarre indicazioni del modo in cui la Commissione valuta questo prima condizione dell'articolo 101(3).

In *Alcatel*, la Commissione concesse un'esenzione per una durata di dieci anni all'accordo di cooperazione per ricerca, sviluppo, produzione e commercializzazione di componenti elettronici per satelliti.

Secondo essa, il programma di ricerca e sviluppo congiunto era suscettibili di promuovere il progresso tecnico ed economico poiché se gli sforzi ed i rischi impliciti fossero stati sopportati dalle parti da sole non si sarebbe giunti a risultati così rapidi, efficienti ed economici come quelli che ci si era prefissi con l'accordo.

Ugualmente in *Olivetti*¹¹⁶, furono raggiunte le stesse conclusioni a proposito del design, sviluppo e produzione di alcune macchine fotocopiatrici. La Commissione ha considerato in merito che:

“Su tutti i mercati interessati nei quali le parti sono in concorrenza la tecnologia è in rapida evoluzione e la concorrenza intensa. Per essere veramente competitive, le imprese ivi operanti devono offrire prodotti che siano il risultato della tecnologia più aggiornata a prezzi concorrenziali. Le tecnologie più moderne, tuttavia, richiedono cospicui investimenti nella ricerca e sviluppo. L'espansione della produzione nell'UE dovuta all'impresa comune dà modo alle parti di ripartire i costi degli investimenti necessari su una vasta serie di prodotti; in caso contrario, i costi dei prodotti sarebbero stati troppo elevati per i produttori per potere vendere a prezzi concorrenziali”.¹¹⁷

In *KSB*¹¹⁸, è stato evidenziato che l'accordo fra quattro produttori di pompe tradizionali per lo sviluppo e la produzione di pompe di acciaio contribuiva al miglioramento della fabbricazione dei prodotti e promuoveva il progresso tecnico poiché presentava, rispetto alle pompe convenzionali, considerevoli vantaggi derivanti dal materiale usato per le componenti idrauliche e dalla loro costruzione.

¹¹⁶ *Olivetti/Canon*, GU 1988 L 52/51.

¹¹⁷ *Ibid.*, para.54.

¹¹⁸ *KSB/Goulds/Lowara/ITT* GU 1991 L 19/25.

La Commissione osservò al riguardo che l'articolo 101(3) esige semplicemente l'esistenza di un contributo alla promozione del progresso tecnico ed economico.

Un esempio di decisione negativa è dato dal caso *ANSAC*.¹¹⁹ La Commissione ha ritenuto che un'accordo fra sei produttori statunitensi di soda naturale densa che stabiliva che gran parte delle loro esportazioni sarebbero state effettuate attraverso un'associazione, l'ANSAC, non contribuiva a migliorare la produzione né a promuovere il progresso tecnico, nonostante prevedesse l'uso di carbonato di sodio naturale invece del prodotto sintetico. Agli occhi della Commissione le suddette considerazioni ecologiche non avevano alcuna rilevanza ai fini della commercializzazione del prodotto che era il solo aspetto che interessava in realtà l'ANSAC. La Commissione considerò tra l'altro che:

“L'ANSAC non è riuscita inoltre a dimostrare che le sue proposte contribuiranno, in definitiva, a migliorare la distribuzione del carbonato di sodio o a promuovere il progresso economico nel mercato comune. Per beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art [101, §3] le pratiche restrittive dovrebbero comportare un miglioramento oggettivo rispetto alla situazione che sarebbe esistita in loro assenza”.¹²⁰

2.2 Ripartizione degli utili con il consumatore

Questa condizione è normalmente realizzata se si dimostra che l'impresa comune produce un miglioramento della produzione o della distribuzione o promuovere un progresso tecnico o economico, perché in casi simili si hanno in genere nuovi prodotti a disposizione¹²¹, un miglioramento nella prestazione dei servizi¹²² o una riduzione dei costi.¹²³

¹¹⁹ *ANSAC* GU 1991 L 152/54

¹²⁰ *Ibid*, §24.

¹²¹ *Cekacan*, GU 1990, L 299/64.

¹²² *Rockwell/Iveco*, GU 1983 L 224/19.

¹²³ *BBC Brown Boveri* GU 1988 L 301/68.

In *Ford*¹²⁴, la Commissione considerò che era lecito attendersi che gli utilizzatori europei avrebbero ottenuto un beneficio diretto dall'impresa comune per effetto della cooperazione, principalmente grazie ad una tecnologia di produzione sofisticata ed a economie di scala. Al consumatore sarebbero state offerte due versioni di un veicolo promiscuo di elevata qualità e di prezzo ragionevole, che sarebbero state distribuite nell'intera Comunità attraverso le ampie reti di distribuzione dei partner.

Ford e Volkswagen sarebbero stati obbligati a fare beneficiare il consumatore dell'utile che avrebbero tratto dall'operazione poiché, in conseguenza del loro accesso al mercato (che avrebbe permesso loro di mettersi allo stesso livello di altri fabbricanti in un segmento, quello dei veicoli multifunzione, in forte espansione), si sarebbe creata una maggiore concorrenza fra tutti i fornitori che avrebbe portato ad un segmento del mercato più equilibrato. Inoltre, insieme a Ford e Volkswagen nuovi fabbricanti di autoveicoli sarebbero entrati in questo segmento di mercato.

Nella fattispecie del caso ANSAC,¹²⁵ i soli vantaggi che l'accesso dell'ANSAC nel mercato europeo avrebbe potuto offrire ai consumatori sarebbero derivati dalle economie di scala risultanti dal trasporto e magazzinaggio del carbonato di sodio in quantità molto maggiori di quanto sarebbe stato possibile ad ogni singolo socio dell'ANSAC.

La Commissione rilevò tuttavia che la stessa ANSAC non intendeva trasferire queste economie di scala ai consumatori sotto forma di prezzi meno elevati. Infatti, pareva che dei prezzi lievemente più elevati di quelli che sarebbero stati fissati dai produttori statunitensi.

2.3 Indispensabilità delle restrizioni alla concorrenza

Le parti ad un accordo considerano in generale che non avrebbero concluso separatamente l'accordo portando la creazione di un'impresa comune. Ciononostante, l'autorità competente esaminerà se le parti fossero precluse di

¹²⁴ *Ford/Volkswagen* GU 1992 L 20/14.

¹²⁵ *ANSAC*, GU 1991, L 152/54.

concludere un accordo separato, oppure, che avessero motivi rilevanti per non farlo.

2.3.1 Costituzione dell'impresa comune

In generale, la Commissione europea concede esenzioni se rileva che i benefici dell'impresa comune non possono essere ottenuti con mezzi meno restrittivi, tali la conclusione di accordi di licenza, di specializzazione o di subfornitura.¹²⁶

Ad esempio, in *Screensport*, la Commissione notò di avere:

“dubbi sul fatto che un canale sportivo transnazionale come Eurosport possa essere creato soltanto sulla base di tale joint-venture fra un gruppo di membri di EBU, con il sostegno della stessa organizzazione e il loro verosimile concorrente principale in grado di creare un'impresa alternativa. A giudizio della Commissione, la costituzione della joint-venture è eccessiva, e le restrizioni che essa comporta sulla concorrenza non possono essere considerate indispensabili per la costituzione di un canale a dimensione transnazionale, dedicato allo sport, in grado di rivaleggiare con altri canali sportivi esistenti nell'interesse dei consumatori”.¹²⁷

La costituzione dell'impresa comune è suscettibile di essere considerata indispensabile laddove il prodotto sia complesso ed il suo sviluppo richieda una continua e ravvicinata cooperazione fra le parti che non potrebbe essere realizzata con forme di cooperazione caratterizzate da vincoli meno stretti.

La posizione della Commissione in *Ford* merita di essere ricordata. La Commissione rilevò che “il progetto istituisce il maggior investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo. Si ritiene che esso porti, fra l'altro, alla creazione di circa 5000 posti di lavoro e crei indirettamente fino a 10000 posti di lavoro, mediante altri investimenti nell'industria della forniture. Il progetto contribuisce quindi alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità e

¹²⁶ Vedi *Mitchell Cotts/Sofiltra* GU 1987 L 41/31. In *Bayern/Gist-Brocades*, GU 1976 L 30/13, la Commissione ha proibito la conclusione dell'accordo di joint-venture poiché gli stessi benefici avrebbero potuto essere ottenuti mediante un contratto di fornitura reciproca di lunga durata e relativo ai prodotti per i quali le parti erano specializzate.

alla riduzione delle disparità regionali, il che costituisce una delle finalità fondamentali del trattato. Esso promuove inoltre l'integrazione europea di mercato poiché vincola più strettamente il Portogallo alla Comunità attraverso una delle sue principali industrie. Ciò non sarebbe sufficiente ai fini di un'esenzione qualora non venissero soddisfatte le condizioni dell'art.[101,§3], ma si tratta di un elemento di cui la Commissione ha tenuto conto".¹²⁸

2.3.2 Attività dell'impresa comune

Bisogna inoltre valutare se le restrizioni imposte a carico delle parti in relazione all'attività dell'impresa comune siano indispensabili. Per ciò bisogna abitualmente dimostrare che tali restrizioni sono accessorie all'impresa comune.

In *Cekacan*¹²⁹, la Commissione stabilì che le clausole di approvvigionamento di Ceka Europe da parte delle sue società madri (A&R & CECA), che in pratica comportavano per ECA una limitazione al territorio tedesco della prestazione dei suoi servizi di taglio e di stampaggio e garantendole un volume minimo di vendite per le applicazioni Cecakan, erano necessarie. In assenza delle suddette limitazioni, A&R non si sarebbe impegnata in un progetto di cooperazione con ECA, ma avrebbe intrapreso da sola il processo d'introduzione delle tecnologie negli altri paesi con le maggiorazioni dei costi e le difficoltà che questo avrebbe comportato. Senza tali garanzie, ECA non avrebbe accettato di rinunciare alla sua posizione in forza del contratto del 1982 che le garantiva le vendite sul territorio tedesco.

2.3.3 Clausola di non concorrenza

La clausola con la quale le imprese fondatrici convengono di non fare concorrenza all'impresa comune nella sua fase iniziale è considerata in genere una restrizione indispensabile per il successo dell'impresa comune. Infatti, ciò offre una garanzia che le parti contreranno i loro sforzi di sviluppo e produzione dell'impresa comune.

¹²⁷ *Screensport/Membri EBU* GU 1991 L 63/32, §74.

¹²⁸ *Ford/Volkswagen*, GU 1993 , L 29/14, §36.

In *Halifax*¹³⁰, la Commissione sottolineò che il divieto imposto ad Halifax di promuovere carte di credito considerate dall'altra parte concorrenziali con la carta oggetto dell'accordo restringeva la concorrenza fra le parti oltre il periodo iniziale di avviamento "durante il quale siffatta restrizione poteva essere considerata ragionevolmente necessaria per lanciare una nuova carta". La Commissione invitò pertanto Halifax a ridurre il periodo di applicazione della restrizione, che fu abbreviato a cinque anni della data dell'accordo.

La Commissione considera che anche in assenza di divieti espliciti imposti a carico delle società fondatrici di competere con l'impresa comune, non è pensabile che le parti, pur essendo libero di farlo, facciano concorrenza ad un'impresa in cui detengono una significativa partecipazione. Pertanto simili clausole di non-concorrenza implicite sono in genere considerate restrittive e possono solo essere esentate in virtù dell'art. 101 §3. Tuttavia, non dovrà essere proibita la possibilità per le società madri di rifornire clienti che l'impresa comune non sia in grado di approvvigionare.¹³¹ In più, una volta terminata la fase iniziale, le licenze concesse all'impresa comune non dovranno più essere esclusive¹³² e, cessato l'accordo di impresa comune, le parti dovranno essere libere di competere l'un e l'altra.¹³³

2.3.4 Distribuzione o acquisto esclusivo

In varie decisioni, la Commissione ha ritenuto che obblighi esclusivi di fornitura o di acquisto erano necessari per il corretto funzionamento di un'impresa comune poiché le assicuravano un canale di sbocco, quello che può essere particolarmente importante in caso di prodotti nuovi o di mercato non ancora sviluppato.

¹²⁹ *Cekacan*, GU 1990, L 299/64, pag. 69.

¹³⁰ *Halifax Building Society/ Bank of Scotland*, ventunesima relazione sulla politica di concorrenza, pag. 366.

¹³¹ *De Laval-Stork* GU 1977, L215/11.

¹³² *Rockwell/Iveco*, GU 1983 L 224/19.

¹³³ In *Iveco/Ford*, GU 1988 L 230/39, la Commissione accettò di dare un'esenzione relativa ad un divieto di concorrenza riguardante la distribuzione di camion pesanti in vigor nei cinque anni successive al ritiro del capitale dell'impresa comune di una delle società fondatrici.

Ad esempio in *Vacuum*, la Commissione arrivò alla conclusione che l'obbligo imposto a carico delle società fondatrici di acquistare tutti i loro interruttori a vuoto dall'impresa comune era ragionevole poiché esser restavano libere di acquistare da altri fornitori ogni volta uno dei loro clienti avesse specificato che bisognava utilizzare interruttori prodotti da altri fabbricanti.¹³⁴

Parimenti in *Fiat*¹³⁵, la Commissione convenne che le disposizioni di acquisto esclusivo, che richiedevano l'impresa comune di comprare tutte i suoi motori dal gruppo *Fiat* e tutte le sue componenti idrauliche che non produceva da Hitachi, precludevano le opportunità di vendita ai terzi fabbricanti di motori e di componenti idrauliche ma che ciononostante derivavano dalla costituzione dell'impresa comune e erano pertanto necessarie al suo esercizio.

2.3.5 *Vendita di prodotti in comune*

Gli accordi che prevedono la commercializzazione e la vendita di prodotti in comune attraverso l'impresa comune o che impongono restrizioni sulle attività di distribuzione della società fondatrici sono esaminati con particolare attenzione. La Commissione ha riconosciuto agli accordi di vendita in comune il carattere di indispensabilità quando il mercato era difficile da penetrare o il prodotto era tecnicamente così sofisticato da richiedere una cooperazione tecnica con i clienti.¹³⁶

La comunicazione sulle imprese comuni cooperative enuncia che la Commissione è in principio contraria alla imprese comuni di vendita poiché hanno in generale per oggetto o per effetto di armonizzare l'offerta di produttori concorrenti. Tuttavia, la posizione è a priori favorevole nel caso la distribuzione in comune dei prodotti faccia parte di un progetto di cooperazione globale, che soddisfi i requisiti dell'art. 101§3 e che sia indispensabile al buon esito di tale progetto.¹³⁷

¹³⁴ *Vacuum Interrupters II*, GU 1980 L 383/1.

¹³⁵ *Fiat/Hitachi*, GU 1993, L20/10.

¹³⁶ Vedi *Rockwell/Iveco*, sopra, §10(b).

In *UIP*, le società madri avevano concesso ad UIP una licenza esclusiva, in base ai diritti di autore o su altra base, per la distribuzione di tutti i lungometraggi, cortometraggi e presentazioni di prossime programmazioni, prodotti e/o distribuiti da ogni società fondatrice o loro società madre, filiali, società affiliate o collegate. L'esclusività consisteva in un diritto di prelazione a vantaggio di UIP, che si concretizzava nel fatto che le società madri potevano distribuire film con mezzi diversi da UIP solo se il prodotto fosse stato precedentemente offerto a detta società. Secondo la Commissione, gli effetti negativi normalmente prodotti da accordi di distribuzione esclusiva di questo tipo erano limitati per due motivi:

“in primo luogo, ciascuna società madre conserva il diritto di imporre a UIP la distribuzione di un determinato film nel caso in cui l'impresa scelga liberamente di non distribuire il film in tutta la Comunità, oppure può distribuire il film sia in proprio sia attraverso terzi; in secondo luogo, le società madri e UIP sono esse stesse disposte, in base ad una loro autonoma valutazione commerciale, a distribuire film di terzi nella Comunità”.¹³⁸

In *Konsortium*,¹³⁹ la Commissione osservò che la commercializzazione comune di un sistema europeo digitale cellulare di telecomunicazioni mobili non violava il disposto dell'art. 101§1 dato che le parti non erano in grado di commercializzare individualmente tale sistema.

2.4 Non eliminazione della concorrenza

Se la quota di mercato totale delle parti è modesta e vi sono nel mercato altri importanti concorrenti si presume che l'impresa comune non sia in grado di restringere la concorrenza in una parte sostanziale del mercato. La comunicazione sulle imprese comuni cooperative prevede al riguardo che per accertare se un'impresa comune sollevi problemi di compatibilità con le regole di concorrenza, un importante criterio di riferimento è la quota di mercato detenuta congiuntamente

¹³⁷ Vedi §60 della suddetta comunicazione.

¹³⁸ *UIP*, GU 1990, L226/25, §55.

¹³⁹ *Konsortium* ECR 900, GU 1990, L228/31.

dalle imprese interessate, che non dovrà superare il 10% come indicato nei regolamenti di esenzione per categoria.¹⁴⁰

Al di sotto tale soglia, è da supporre infatti che l'effetto di esclusione dei terzi nonché il rischio di creazione di barriere all'accesso al mercato rimangono limitati. Occorre tuttavia che la struttura del mercato continui a garantire condizioni di concorrenza effettiva. Qualora sia superata la suddetta soglia, potrà essere concessa un'esenzione soltanto al termine di un esame minuzioso di tutte le circostanze del caso specifico.¹⁴¹

La comunicazione prevede inoltre che non possono essere fissati limiti massimi di ordine quantitativo nell'ipotesi di imprese comuni di produzione. Il limite del 20% della quota di mercato che figura nei regolamenti di esenzione per categoria può tuttavia servire da punto di riferimento per la valutazione delle imprese comuni di produzione in casi concreti.

Qualora sia costituita un'impresa comune in un mercato oligopolistico potrebbe risultare dei problemi nel rispetto di una concorrenza effettiva.¹⁴²

In *UIP*¹⁴³, la Commissione rilevò che la quota di mercato nella Comunità dell'impresa comune pari al 22%, non avrebbe eliminato la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione, in considerazione della tendenza dell'industria cinematografica ad essere circoscritta localmente a causa di differenze della struttura del settore esistenti in vari Stati membri quali le barriere linguistiche, le regolamentazioni statali e le strutture diverse di distribuzione e di proiezione.

¹⁴⁰ Vedi §59 della detta comunicazione.

¹⁴¹ Vedi §64 della detta comunicazione.

¹⁴² Vedi *WANO/Schwarzpulver*, GU 1978 L 322/29, in cui la Commissione dichiarò che l'impresa comune avrebbe determinato un'inaccettabile restrizione della concorrenza poiché avrebbe controllato il 58% delle vendite di polvere nera nella Comunità ed avrebbe rafforzato la posizione monopolistica di ICI nel regno Unito.

¹⁴³ *UIP*, GU 1989, L 226/25.

Tutti questi elementi concorrevano a rendere meno significativa un'analisi economica degli effetti dell'impresa comune basata su quote di mercato a livello comunitario.

In molti casi potrebbe capitare che l'impresa comune sia interessata allo sviluppo di un nuovo prodotto e che inizialmente non vi sia concorrenza nel mercato. Ciononostante, potrebbe essere accordata un'esenzione se si dimostrasse che altre società stanno sviluppando nuovi prodotti¹⁴⁴, che operano nel mercato importanti concorrenti¹⁴⁵, che sono disponibili prodotti equivalenti¹⁴⁶ o che vi è rischio di concorrenza da parte di società extra comunitarie.¹⁴⁷

Anche in assenza di queste prove, la Commissione si è talvolta dimostrata disponibile ad concedere un'esenzione a condizione che sia instaurata una concorrenza effettiva fra le società madri una volta cessato l'accordo.¹⁴⁸

2.5 Relazione tra l'eliminazione di una concorrenza effettiva e la posizione dominante

Nessun beneficio può controbilanciare l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato. La Commissione sottolinea che questo accade se le parti diventano, o verosimilmente diventano, dominanti. Pertanto, un'impresa comune che crea una posizione dominante non può mai essere permessa dall'art.101(3).

Tuttavia, la relazione tra la valutazione dall'art.101(3) e il test della "dominanza" dall'art. 102 non è sicura in assenza di una determinazione dalla Corte di Giustizia.¹⁴⁹

In *P&O Stena Line*¹⁵⁰, la Commissione doveva valutare un'impresa comune a pieno titolo diretta a risparmiare costi e realizzare economie di scala e di

¹⁴⁴ *BBC Brown Boveri*, GU 1988 L 301/68; *Carbon Gas Technologie* GU 1983, L 376/17.

¹⁴⁵ *Fibre ottiche*, GU 1986, L 236/30.

¹⁴⁶ *GEC-Siemens /Plessey*, GU 1990, C239/2.

¹⁴⁷ *GEC-Weir Sodium Circulators*, GU 1977 L 327/26.

¹⁴⁸ *United Reprocessors*, GU 1975, L51/7.

conseguenza, permette a P&O e Stena di competere meglio contro i loro rivali Eurotunnel che aveva acquistato circa 37% del mercato turistico del 'Short Shea' tra il Regno Unito e la Francia.

La maggior parte dell'analisi della Commissione portava sull'opportunità o meno per le parti di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale del detto mercato. P&O deteneva 27% del mercato, Stena 18% e Eurotunnel 37%, il resto delle quote di mercato era nelle mani di tre altri operatori. Vi era di conseguenza un rischio dell'emergenza di un duopolio tra l'impresa comune e Eurotunnel.

Ciononostante, le parti sono riusciti a presentare degli argomenti convincenti secondo le quali vi era una sovraccapacità sul mercato risultando per entrambi le imprese, Eurotunnel e l'impresa comune, di ridurre i prezzi ai fini di aumentare l'uso di capacità eccedentaria. Per questo motivo, la Commissione rilevò che la concorrenza sul tale mercato non sarebbe stata ristretta.

Anche quando una società con una quota di mercato elevata conclude un'impresa comune di produzione con un concorrente, la presenza di un potenziale ed effettivo nuovo entrante sul mercato va considerato sufficiente al fine della realizzazione di questa condizione.¹⁵¹

3. Durata delle esenzioni concessi in virtù dell'articolo 101(3)

Sotto il profilo della nuova disciplina prevista dal Regolamento 1/2003, ne la Commissione, ne le autorità garanti della concorrenza o i tribunali possano limitare l'applicazione dell'articolo 101(3) ad un periodo determinato. Decideranno solo se

¹⁴⁹ WAELBROECK, M, FRIGNANI A, *Commentaire J.Megret: Vol.4, Concurrence* (seconda edizione, 1997) 222-223. Secondo questi autori, la creazione di una posizione dominante non preclude in quanto tale il beneficio di un'esenzione.

¹⁵⁰ *P&O Stena Line*, GU 1999, L 163/61. Quest'impresa comune fu anche notificata in Francia e nel Regno Unito. Nel Regno Unito, fu considerata come una concentrazione e autorizzata soltanto se rigorosi condizioni fossero rispettate. In Francia invece, il Conseil de la Concurrence rilevò che non fosse una concentrazione ma che l'operazione sarebbe tuttavia esaminata dal punto da vista del rispetto degli articoli 101 e 102.

¹⁵¹ Vedi la Comunicazione della Commissione europea sull'applicabilità dell'articolo 101(3), GU 2004, C 101/97, §115-116.

le condizioni stabilite dall'art. 101(1) e 101(3) sono riunite nel periodo in cui prendono una decisione.

Ciononostante, la previa pratica dalla Commissione per quanto riguarda la durata dell'esenzione rimane un indicatore rilevante per valutare quando un'impresa comune non ricade più nell'ambito dell'art. 101(3).

Nel passato, la valutazione della Commissione relativa alla durata di un'esenzione prescindeva in una certa misura dalla natura dell'accordo nonché del settore interessato. Le esenzioni accordate alle imprese comuni dalla Commissione sono state limitate nel tempo e soggette a condizioni. La durata variava fra 5 e 15 anni. Un'esenzione poteva essere tuttavia rinnovata.

Ad esempio, in *De Laval*,¹⁵² la Commissione aveva deciso, alla scadenza della prima esenzione accordata all'impresa comune, di concederne una seconda particolarmente lunga (20 anni) in considerazione dell'esperienza guadagnata nei dieci anni in cui la prima esenzione era stata in vigore.

In *Continental*¹⁵³, furono previste differenti durate a seconda delle attività interessate: 10 anni per la cooperazione nella ricerca e lo sviluppo; un ulteriore periodo di due anni per la commercializzazione dei prodotti; ed un periodo globale di 20 anni per le attività dell'impresa comune in quanto tale.

In *KSB*¹⁵⁴, la Commissione, dato che la prima serie di nuovi prodotti era già stata commercializzata, decise di accordare un'esenzione della durata di soli 5 anni a partire dalla messa in commercio dei prodotti, in linea con il regolamento di esenzione per categorie di accordi di ricerca e sviluppo.

¹⁵² *De Laval - Storck II*, GU 1988 L 59/32.

¹⁵³ *Continental/Micheli*, GU 1988 L305/33.

¹⁵⁴ *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, GU 1991 L19/25.

4. Condizioni cui può essere subordinata un'esenzione

Nel passato, la concessione di un'esenzione poteva essere subordinata all'obbligo di presentare relazioni sui seguenti aspetti:

- Modifiche nella proprietà e struttura del capitale;
- Consigli di amministrazione interdipendenti nelle società madri;
- Nuove imprese comuni;
- Nuovi accordi di licenza;
- Modifiche dell'accordo di impresa comune o delle sue attività;
- Comunicazioni sullo stato finanziario;
- Collocazione del personale in caso di scioglimento.

Bisogna pertanto tenere questi elementi in mente in caso di investigazione dalle autorità nazionali o di una procedura giudiziaria davanti la Corte di Giustizia a Lussemburgo.

Sezione sesta: Il rapporto tra imprese comuni, attività di ricerca e sviluppo e accordi di specializzazione

1. Attività comuni di ricerca e sviluppo

1.1 Cenni introduttivi

Le attività di ricerca e sviluppo rappresentano uno strumento essenziale per sviluppare la competitività delle società europee. A tale fine, la creazione di imprese comuni è spesso necessaria per sviluppare una collaborazione efficiente tra le società attive nel settore delle alte tecnologie.¹⁵⁵ La cooperazione non permette soltanto di ripartire i rischi tecnici e finanziari ma consente anche, alle imprese in possesso di tecnologia complementare, di evitare costosi doppioni nei lavori di ricerca e sviluppo oltre a favorire le economie di scala.

Ciononostante, un accordo che restringe la libertà delle parti in R&S o che impedisce una parte il godimento di un vantaggio competitivo rispetto ad una altra parte rischia di essere proibito dall'art. 101(1), particolarmente nell'ambito dei settori dinamici dell'alta tecnologia. A tale riguardo, la Commissione ha riassunto i criteri da controbilanciare.¹⁵⁶

Per quanto riguarda gli svariati aspetti economici positivi:

- i. Nella ricerca e lo sviluppo è spesso necessario un volume minimo di investimenti, e la cooperazione consente di realizzare economie di scala;
- ii. Gli accordi di R&S permettono di aumentare il volume dei fondi per la ricerca e di ottenere una ripartizione dei rischi, distribuendo i costi e gli utili di un progetto su più imprese o suddividendo un dato ammontare di fondi su un insieme di progetti relativamente indipendenti;

¹⁵⁵ Si osserva che un'impresa comune competente per la R&S, licenza, produzione e distribuzione del prodotto, può essere un'impresa comune a pieno titolo, ricadendo nello scopo del Regolamento sulle concentrazioni.

¹⁵⁶ Quindicesima relazione sulla politica della concorrenza, §282.

iii. Gli accordi di R&S stipulati al livello transnazionale possono favorire una de-compartmentazione dei mercati. Questi accordi internazionali possono allargare, al livello comunitario e mondiale, le offerte e le domande non soltanto per quanto attiene i mercati della tecnologia ma anche per i mercati che incorporano i risultati della ricerca in comune.

Per quanto riguarda invece gli effetti economici più negativi:

- i. I suddetti accordi possono costituire il mezzo di cui le imprese più potenti si servono per allearsi o rivali potenzialmente molto innovatori allo scopo di controllare il progresso tecnologico; in altri casi, essi possono dar luogo alla creazione di barriere all'entrata per i concorrenti non partecipanti all'accordo;
- ii. Gli accordi di R&S possono anche facilitare un coordinamento in materia di prezzi e di quantitativi e favorire il sorgere di rendite di posizione a vantaggio degli innovatori. Questi pericoli possono manifestarsi più facilmente quando esistono, come avviene nella Comunità, barriere non tariffarie fra mercati nazionali. Una cooperazione al livello europeo fra le imprese in materia di ricerca e sviluppo potrebbe allora combinarsi, nello stadio del prodotto finale, con una ripartizione nazionale del mercato geografico.

Nonostante il fatto che gli accordi di R&S sono generalmente visti favorevolmente, le decisioni della Commissione nel passato hanno mostrato che i suddetti accordi possono essere colpiti dal divieto dall'art.101(1). qualora le parti siano grosse società e la concorrenza nel settore della ricerca sia importante.¹⁵⁷ Questa posizione iniziale della Commissione va anche vista come un mezzo per stabilire la sua giurisdizione sul controllo dei accordi di R&S.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Vedi *Henkel/Colgate*, GU 1972 L14/14; *Beecham-Parke Davis*, GU 1979, L 70/11.

¹⁵⁸ *BBC Brown Boveri*, GU 1988, L301/68.

Tuttavia, durante gli anni novanta, la Commissione ha sviluppato un approccio più economicamente realistico in merito alle imprese comuni.¹⁵⁹

1.2 Applicabilità dell'articolo 101 ai accordi di ricerca e sviluppo

Tanti accordi di R&S non restringono la concorrenza in modo apprezzabile. In generale, l'articolo 101(1) non si applica agli accordi relativi solo ad una fase pre-commercializzazione ed avendo ad oggetto una cooperazione concernente dei progetti di R&S puri.¹⁶⁰ Tuttavia, gli accordi relativi allo svolgimento in comune di attività di ricerca e sviluppo possono essere colpiti dal divieto dell'art.101(1) qualora le parti siano grosse società e la concorrenza nel settore della ricerca sia importante.¹⁶¹

Per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 101(3), gli accordi ricerca e sviluppo sono caratterizzati dalla sussistenza di un Regolamento di esenzione per categoria.¹⁶² Un accordo avente ad oggetto la ricerca e lo sviluppo sarà esonerato dalle regole della concorrenza a condizione che la quota di mercato aggregata delle parti non superi il 25% del mercato interessato. Occorre tuttavia che l'accordo soddisfa diverse condizioni, ad esempio, il fatto i risultati della ricerca devono essere accessibili a tutte le parti e sfruttati dalle dette parti. Un accordo che limita la produzione o le vendite, o che contiene un divieto di contestare la validità dei diritti di proprietà immateriale posseduti dalle parti saranno per contro vietati.

2. Accordi di specializzazione

2.1 Cenni introduttivi

Un accordo di specializzazione è un accordo con cui un contraente si impegna a cessare la fabbricazione di un prodotto a vantaggio dell'altro contraente o con cui

¹⁵⁹ Vedi inter alia, *Elopak/Metal Box-Odin*, GU 1990, L 209/15.

¹⁶⁰ Comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontali, §55.

¹⁶¹ *Henkel/Colgate*, GU 1972, L14/14.

tutte le parti si impegnano a fabbricare determinati prodotti solo in comune. Questi accordi godono di un trattamento particolare in diritto della concorrenza perché migliorano in generale la produzione o la distribuzione dei prodotti e promuovono il progresso tecnico ed economico.

2.2 Applicabilità dell'articolo 101 ai accordi di specializzazione

Gli accordi di specializzazione, in quanto limitano o controllano la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, sono in linea di principio colpiti dal divieto dell'art.101(1). Il Regolamento di esenzione per categoria ¹⁶³ in materia di accordi di specializzazione permette alle parti di valutare l'accordo e di beneficiare di un'esenzione.

Così, beneficiano di un'esenzione gli accordi tra due o più imprese, aventi una quota di mercato aggregata inferiore al 20% del mercato interessato, e finalizzati alla specializzazione unilaterale conclusi tra imprese concorrenti e alla produzione in comune. Il Regolamento si riferisce a delle altre condizioni specifiche di cui non si entrerà nel merito.

¹⁶² *Regolamento n. 2659/2000 della Commissione del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81(3) del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, GU 2000, L304.*

¹⁶³ *Regolamento n. 2658/2000 della Commissione del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81(3) del trattato a categorie di accordi di specializzazione, GU 2000, L 304.*

CAPITOLO II: LE IMPRESE COMUNI E IL DIRITTO COMUNITARIO DELLE CONCENTRAZIONI

Sezione prima: Il fenomeno delle imprese comuni nell'ambito del Regolamento sulle concentrazioni

Ogni impresa comune, per sua natura, comporta da un lato, aspetti cooperativi che possono alterare il gioco della concorrenza su di un determinato mercato, e dall'altro, aspetti strutturali e concentrativi che possono invece produrre benefici in termini di crescita economica e miglioramento della produzione e/o distribuzione di prodotti o servizi delle imprese madri.

Tale fenomeno ha sempre generato incertezza nel legislatore comunitario e per questo motivo è stato istituito il Regolamento sulle concentrazioni. In questo modo, la Commissione che svolge la funzione di “guardiano” dell'equilibrio concorrenziale sul mercato interno, potrà valutare la liceità o meno delle imprese comuni riferendosi alle norme stabilite dal suddetto Regolamento. Autorizzerà solo le imprese comuni i cui effetti benefici supereranno gli effetti anti-concorrenziali.¹⁶⁴

Come già accennato in precedenza, l'approccio della Commissione è mutato nel tempo, e oramai essa evidenzia soprattutto una differenza tra un'impresa comune cooperativa ed una impresa comune concentrativa. Soltanto un'impresa comune che “esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma” avrà natura concentrativa.

¹⁶⁴ Questo controllo è esercitato dalla Commissione in virtù degli artt. 4 & 7 del Regolamento sulle concentrazioni. Tale disciplina impone alle merging parties l'obbligo di notificare alla Commissione l'operazione di Concentrazione e nel contempo, la sospensione della stessa in attesa della decisione della Commissione.

1. I criteri costitutivi dell'impresa comune a pieno titolo

Bisogna ora capire quali sono i criteri per determinare il carattere “pieno titolo” di un'impresa comune.

La risposta viene dallo stesso Regolamento sulle concentrazioni, dalla Comunicazione consolidata sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n.139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese¹⁶⁵ e dalle diverse decisioni della Commissione europea in questa materia.

La Commissione sembra così avere chiarito la sua posizione di fronte a critiche da parte della dottrina.¹⁶⁶

In primo luogo, il Regolamento richiama all'articolo 3, paragrafo 4, che un'impresa comune deve **esercitare tutte le funzioni di una entità economica autonoma** per avere la qualità di un'impresa comune a pieno titolo.

Ne consegue che questo tipo di joint venture sarà considerato come concentrazione in virtù del suddetto Regolamento. Il criterio di impresa a pieno titolo è quindi determinante nell'applicare le regole relative alle concentrazioni alla costituzione di imprese comuni. Questo criterio sarà valutato a prescindere dal fatto che tale impresa comune venga costituita a partire da zero o che le parti conferiscano all'impresa comune attivi che detenevano individualmente in precedenza.

In secondo luogo, come rilevato da Tribunale dell'Unione europea, il fatto che un'impresa comune possa essere un'impresa a pieno titolo e quindi **economicamente autonoma dal punto da vista funzionale**, non significa che essa debba godere di autonomia per quanto riguarda l'adozione delle sue *decisioni strategiche*. Il caso contrario condurrebbe ad una situazione nella quale non vi

¹⁶⁵ Comunicazione della Commissione, in GUUE C 95/1 del 16 aprile 2008.

¹⁶⁶ V. RADICATI DI BROZOLO – GUSTAFSON, *Full-function Joint Ventures under the Merger Regulation: The need for clarification*, in *European Competition Law Review*, 2003, n°11, p.574 ss; BERGQVIST, *The concept of an Autonomous Economic Entity*, in *European Competition Law Review*, 2003, n°10, p. 498 ss.

sarebbe mai un controllo congiunto su un'impresa comune a pieno titolo. In tale senso, la condizione di cui all'articolo 3, paragrafo 4 del Regolamento sulle concentrazioni non sarebbe mai realizzata.¹⁶⁷

In terzo luogo, l'impresa comune deve disporre di **risorse sufficienti per operare in maniera indipendente sul mercato.**

Vale a dire che l'impresa deve esercitare tutte le funzioni normalmente svolte dalle imprese attive sul medesimo mercato. Pertanto, l'impresa comune deve possedere una direzione che si occupi della gestione corrente degli affari e di risorse sufficienti al fine di esercitare in modo durevole la sua attività economica nell'ambito operativo definito negli accordi costitutivi.¹⁶⁸ Le risorse sufficienti si intendono in quanto mezzi finanziari o di personale. Quest'ultimo non deve necessariamente comprendere impiegati subordinati all'impresa comune stessa. Può bastare che terzi mettano a disposizione il personale a seguito di un accordo operativo o che il personale venga fornito da un'agenzia di lavoro interinale.

Se tale prassi è normalmente sviluppata nel settore in cui opera la suddetta impresa, sarà certamente accettato. Il trasferimento di personale dalle imprese madri verso l'impresa comune può essere sufficiente se (i) questo trasferimento è stato fatto soltanto per un periodo iniziale o (ii) se l'impresa comune intrattiene rapporti di tipo analogo con le società madri e con i terzi.

In quarto luogo, l'impresa comune deve svolgere **un'attività al di là di una funzione specifica per le imprese madri.**

¹⁶⁷ *Causa T-282/02, Cementbouw c. Commissione, sentenza del Tribunale di primo grado, 23 febbraio 2006, punto 62.*

¹⁶⁸ *Caso IV/M.527, Decisione della Commissione, 2 dicembre 1994 (Thomson CSF/Deutsche Aerospace) che riguarda i diritti intellettuali; caso IV/M.560, Decisione della Commissione, 11 maggio 1995 (EDS/Lufthansa) sull'esternalizzazione; caso IV/M.585, Decisione della Commissione, 7 settembre 1995 (Voest Alpine Industrieablagenbau GmbH/Davy International LTD) relativa al diritto dell'impresa comune a richiedere consulenza e personale aggiuntivi alle sue imprese madri; caso IV/M.686, Decisione della Commissione, 5 febbraio 1996 (Nokia/Autoliv) che attiene al diritto dell'impresa comune di denunciare accordi di servizio con l'impresa madre e di spostarsi dal sito mantenuto dall'impresa madre; caso IV/M.791, Decisione della Commissione, 7 ottobre 1996, (British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd), relativa agli attivi destinati all'impresa comune trasferiti all'impresa affituante ed affittati dell'impresa comune.*

Non può assumere soltanto una delle funzioni specifiche facenti parte delle attività delle imprese madri, senza operare sul mercato. Si pensi tra l'altro alle imprese comuni che si limitano a sviluppare attività di *Research and Development* o di produzione. Queste imprese comuni devono infatti essere considerati soltanto come delle unità ausiliarie al servizio delle imprese madri. Lo stesso vale per le imprese comuni la cui attività è essenzialmente limitata alla distribuzione o alla vendita dei prodotti delle imprese madri e che fungono quindi principalmente da agenti di vendita.

Tuttavia, il fatto che un'impresa comune si avvalga della rete o dei punti di distribuzione di una o più delle sue imprese madri non impedisce, di norma, che la si interpreti in quanto impresa comune a pieno titolo, purché le imprese madri operino solo in quanto agenti dell'impresa comune.¹⁶⁹

L'esempio a seguire permette d'illustrare meglio questa circostanza. In effetti, una situazione frequente in cui ci si potrebbe porre la questione è costituita dalle imprese comuni che detengono la proprietà di beni immobili, imprese di solito costituite per ragioni fiscali e altre ragioni finanziarie.

Fintantoché lo scopo dell'impresa comune è limitato all'acquisizione e/o alla detenzione di determinati beni immobiliari per le imprese madri, con risorse finanziarie fornite da queste, essa non potrà essere considerata quale impresa comune a pieno titolo, poiché non svolge sul mercato un'attività economica autonoma a lungo termine ed in genere non avrà neppure le risorse necessarie per operare in maniera indipendente.¹⁷⁰

Questa situazione deve essere distinta da quella delle imprese madri che gestiscono attivamente un portafoglio di beni immobiliari e che agiscono in nome proprio sul mercato, il che è solitamente indice di un'impresa comune a pieno titolo.¹⁷¹

¹⁶⁹ Caso IV/M.102, *Decisione della Commissione, 2 dicembre 1991 (TNT/Canada Post)*.

¹⁷⁰ Caso IV/M.929, *Decisione della Commissione, 23 giugno 1997 (DIA/Veba Immobilien/Deutschbau)*

¹⁷¹ Caso COMP/M.3325, *Decisione della Commissione, 23 gennaio 2004 (Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf)*.

In quinto luogo, si deve badare alle **relazioni di vendita/acquisto con le imprese madri**.

La forte presenza di imprese madri sui mercati a monte o a valle è un fattore da prendere in considerazione per decidere se un'impresa comune sia o meno un'impresa a pieno titolo, qualora la suddetta presenza si traduca in rilevanti operazioni di compravendita tra le imprese madri e l'impresa comune. Se l'impresa comune dipende quasi interamente dalle vendite alle imprese madri o dagli acquisti di queste ultime durante il periodo di avviamento iniziale, il suo carattere di impresa a pieno titolo non sarà messo in pericolo. Un periodo di avviamento può infatti essere necessario affinché l'impresa comune riesca ad acquisire una posizione stabile sul mercato. In linea di principio, un termine di tre anni sarà tuttavia considerato come la durata massima per l'avviamento.¹⁷²

Per quanto riguarda le vendite alle imprese madri, quando le dette vendite sono stabilite in via duratura, è fondamentale capire se l'impresa comune è destinata ad avere un ruolo attivo sul mercato indipendentemente da tali vendite e può essere considerata economicamente autonoma da un profilo operativo.

Un elemento rilevante a tale proposito è dato dalla quota relativa delle vendite alle imprese madri rispetto alla produzione complessiva dell'impresa comune. Per dei motivi legati alla particolarità di ogni singolo caso, è impossibile definire un coefficiente specifico di fatturato che distingua l'impresa comune a pieno titolo dalle altre imprese comuni. Tuttavia, se l'impresa comune realizza più del 50% del suo fatturato con terzi, ciò sarà di norma sufficiente ad indicare che si tratta di un'impresa comune a pieno titolo. Al di sotto di questa soglia, occorre esaminare la fattispecie ed accertare che il rapporto tra l'impresa comune e le imprese madri abbia un carattere realmente commerciale per dedurre l'autonomia operativa dell'impresa comune.

A tale fine, va dimostrato che l'impresa comune fornirà i suoi beni o i suoi servizi all'acquirente che li valuterà e li pagherà mentre l'impresa comune intratterrà con

¹⁷² *Caso IV.M.560, Decisione della Commissione, 11 maggio 1995 (EDS/Lufthansa); Caso IV/M.686, Decisione della Commissione, 5 febbraio 1996 (Nokia/Autoliv).*

le imprese madri relazioni di mercato, caratterizzate da normali condizioni commerciali.¹⁷³

In queste circostanze, cioè se l'impresa comune tratterà con le sue società madri alle stesse condizioni di mercato che con terzi, basta che almeno il 20% delle vendite previste dell'impresa comune vada a terzi.

E importante sottolineare che quanto maggiore è la probabilità percentuale delle vendite alle imprese madri, tanto maggiore sarà la necessità di prove chiare del carattere commerciale dei rapporti che intercorrono tra le imprese.

La questione delle vendite dall'impresa comune alle imprese madri si pone soprattutto in caso d'accordi d'outsourcing, quando un'impresa costituisce un'impresa comune con un fornitore di servizi che svolgano funzioni che sono state prima realizzate all'interno dell'impresa.

Non si può di regola ritenere che l'impresa comune sia un'impresa pieno titolo, quando essa presta i propri servizi in via esclusiva all'impresa cliente e dipende, per certi servizi, dal contributo del fornitore di servizi. Il fatto che spesso il piano aziendale dell'impresa comune non escluda che l'impresa comune possa fornire i suoi servizi a terzi non cambia questa valutazione. Infatti, in una determinata situazione di outsourcing, è probabile che qualsiasi entrata proveniente da terzi resti accessoria rispetto alle attività principali dell'impresa comune svolte per una delle impresa madri, ossia l'impresa cliente.¹⁷⁴

Questa regola generale non esclude tuttavia che vi siano situazioni di outsourcing in cui i soci dell'impresa comune hanno deciso di creare quest'ultima con la prospettiva di un maggiore accesso al mercato. In questo caso, l'impresa comune potrà essere qualificata come impresa comune a pieno titolo se (i) sono stabilite vendite significative a terzi, e quindi che queste non siano accessorie rispetto alle vendite previste all'impresa cliente, (ii) se la relazione tra l'impresa comune e

¹⁷³ *Caso IV/M.556, Decisione della Commissione, 9 aprile 1996 (Zeneca/Vanderhave); caso IV/M.751, Decisione della Commissione, 3 luglio 1996 (Bayer/Hüls).*

¹⁷⁴ *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n.139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE, C 95/1, 16 aprile 2008.*

l'impresa comune avrà un carattere realmente commerciale, e (iii) se l'impresa comune tratti con le imprese madri a condizioni commerciali normali.

Per quanto attiene invece agli acquisti dell'impresa comune dalle sue imprese madri, la completezza delle funzioni dell'impresa comune è messa in dubbio nei casi in cui il valore che essa aggiunge ai prodotti o ai servizi così acquistati è marginale. In questo tipo di situazione, l'impresa comune può configurarsi più come un agente di vendita comune.

Al contrario, quando un'impresa comune opera su un mercato commerciale ed espleta le funzioni che sono normalmente proprie di un'impresa commerciale su tale mercato, la suddetta impresa non sarà da considerare come un agente di vendita ausiliario, ma come un'impresa comune a pieno titolo.

Un mercato commerciale è normalmente caratterizzato dalla presenza di società che sono specializzate nella vendita e nella distribuzione di prodotti senza essere integrate verticalmente, accanto a società che lo sono, e dalla disponibilità di diverse fonti d'approvvigionamento per i prodotti di cui riferendosi. In tanti mercati commerciali, gli operatori devono inoltre investire in infrastrutture specifiche quali punti vendita, scorte di prodotti, magazzini o depositi. Com'è evidenziato in una decisione della Commissione, per essere un'impresa comune a pieno titolo su un mercato commerciale, un'impresa comune deve possedere le necessarie infrastrutture e procurarsi una quota sostanziale dei suoi rifornimenti non solo dalle sue imprese madri ma anche da altre fonti in concorrenza con queste ultime.¹⁷⁵

In sesto luogo, **l'attività dell'impresa comune deve presentare un carattere duraturo.**

L'impresa comune deve essere stata costituita con l'intenzione di mantenerla durevolmente in attività. Il fatto che le imprese madri conferiscano all'impresa comune le risorse di cui sopra è in linea di massima sufficiente a dimostrarlo.

¹⁷⁵ *Caso IV/M.788, Decisione della Commissione, 3 settembre 1996 (AgreEVO/Marubeni).*

Inoltre, gli accordi costitutivi di un'impresa comune prevedono frequentemente determinate eventualità, ad esempio, l'insuccesso dell'impresa comune o un disaccordo tra le imprese madri.¹⁷⁶

Talvolta vi si stabilisce con disposizioni che prevedono l'eventuale scioglimento dell'impresa comune o la possibilità che una o più delle imprese madri si ritirino da quest'ultima. Questo tipo di provvedimento non osta a che l'impresa comune sia considerata un'impresa destinata ad operare durevolmente.

Similmente, vale anche nei casi in cui l'accordo costitutivo prevede che l'impresa comune avrà una durata determinata, purché tale durata sia sufficientemente protratta da prevedere una modifica sostanziale della struttura delle imprese interessate, oppure quando tale accordo stabilisce la possibilità che l'impresa comune continui la propria attività anche dopo il termine indicato.¹⁷⁷

Si considera, al contrario, che l'impresa comune non sia destinata ad operare durevolmente quando viene costituita per una durata determinata breve. Sarà il caso, ad esempio, quando l'impresa comune è costituita per portare a termine un progetto specifico, quale la costruzione di un centro sanitario, senza però partecipare all'attività quotidiana del centro una volta terminata la costruzione.

Una decisione della Commissione dimostra anche che un'impresa comune non opera su base sufficientemente duratura in una fase in cui sono in sospenso decisioni di terzi d'importanza essenziale per avviare l'attività economica dell'impresa comune. In effetti, in tale fase non si può ritenere che la suddetta impresa svolga funzioni economiche su base duratura e pertanto essa non si qualifica come impresa comune a pieno titolo. Una volta presa una decisione a favore dell'impresa comune, questo criterio sarà soddisfatto e darà luogo ad una concentrazione.¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Caso IV/M.891, Decisione della Commissione, 23 aprile 1997 (Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith).*

¹⁷⁷ *Caso COMP/M.2903, Decisione della Commissione, 30 aprile 2003 (DaimlerChrysler/Deutsche Telekom), nella quale un periodo di 12 anni è stato considerato sufficiente; COMP/M.2632, Decisione della Commissione, 11 febbraio 2002 (Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV), con un contratto di durata di 8 anni.*

¹⁷⁸ Fatti salvi gli altri criteri sopra-menzionati.

Infine, occorre aggiungere che un'impresa comune possa ampliare le sue attività nel corso della sua esistenza, con l'eventuale conseguenza di notificare questo cambiamento alla Commissione qualora dovesse comportare una nuova operazione di concentrazione.

In effetti, il trasferimento di considerevoli attivi o contratti dalle imprese madri verso l'impresa comune può essere considerato come la costituzione di una nuova impresa comune ai sensi del Regolamento Concentrazioni.¹⁷⁹

Questa situazione può essere esemplificata dal fatto che qualora, a seguito del cambiamento/ampliamento dell'attività dell'impresa comune, la struttura di quest'ultima è fundamentalmente modificata al fine di soddisfare i suddetti criteri dell'impresa comune a pieno titolo.¹⁸⁰

2. Criteri di applicazione dell'articolo 101 e del regolamento sulle concentrazioni

Tutte le imprese comuni a pieno titolo che hanno una dimensione comunitaria sono esclusivamente esaminate dalla Commissione alla luce del Regolamento Concentrazioni. Quest'analisi impedirà l'applicazione del diritto nazionale della concorrenza. Al contrario, tutte le imprese comuni a titolo parziale o titolo pieno ma senza dimensione comunitaria ricadono nell'ambito della disciplina dell'art.81 se gli effetti di tale joint venture sono sensibili e sono suscettibili di pregiudicare il commercio tra Stati Membri. Possono anche essere sottoposte alla disciplina nazionale delle concentrazioni e delle pratiche anticoncorrenziali.

Qualora il Regolamento 139/2004 non si applica alle concentrazioni, la sua costituzione, per ciò che riguarda il coordinamento e gli suoi effetti a rete o di ricaduta nonché le specifiche restrizioni che comporta l'accordo, saranno valutati alla luce del test sostanziale contenuto nell'art.81(1) 81(3). In questo caso, la

¹⁷⁹ Caso COMP/M. 3039 – *Soprol/Céréol/Lesieur* del 30 gennaio 2003.

¹⁸⁰ Caso COMP/M.2276, *The Coca Cola Company/Nestle* del 27 settembre 2001.

valutazione realizzata dalla Commissione, delle autorità nazionali competenti e dei tribunali nazionali seguiranno le regole di procedura previste nel Regolamento 1/2003.

Qualora invece l'impresa comune sia sottoposta alla disciplina di cui il Regolamento Concentrazioni, la sua costituzione (escluso tutti gli effetti coordinativi) sarà esaminata nel quadro del test sostanziale stabilito nel detto Regolamento. Gli effetti coordinativi saranno soggetti all'applicazione dell'art.81 ferma restando che l'intera valutazione della joint venture verrà fatta a seconda delle procedure previste dal Regolamento 139/2004 senza che il diritto nazionale della concorrenza possa essere applicato, pur nei confronti degli effetti coordinativi.

L'articolo 81 e il Regolamento Concentrazioni prevedono due valutazioni sostanzialmente diverse al fine di stabilire se l'accordo vi è compatibile con il diritto comunitario.

L'esame eseguito sotto il profilo dell'art.81 è più severo per due motivi.

Da una parte, le intese possono essere vietate dal suddetto articolo se pregiudicano il commercio tra Stati Membri e se il loro oggetto o effetto sia la prevenzione, restrizione o distorsione della concorrenza, solo se quel oggetto/effetto sia sensibile. Questo criterio è molto più impegnativo che nel quadro del controllo delle concentrazioni che prevede che le concentrazioni non possono ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune.¹⁸¹

Dall'altra parte, l'articolo 81(3) non si applicherà a tale accordo qualora vi sia una *possibilità* per le parti di eliminare la concorrenza. Al contrario, siccome il Regolamento Concentrazioni mira a disciplinare le transazioni che provocano un cambiamento nella struttura del mercato, esso contiene un approccio più ampio per quanto riguarda quello che deve essere regolato. Perciò, soltanto le concentrazioni che *impediranno* in modo significativo il mercato comune saranno vietate.

¹⁸¹ Articolo 2(2) del Regolamento 139/2004.

Il motivo per cui il trattamento delle concentrazioni va “privilegiato”, e di conseguenza, le imprese comuni a pieno titolo, è che questi accordi implicano un’integrazione economica maggiore tra le imprese che risulta in una presunzione secondo la quale i guadagni in termini di efficienza compensano i potenziali effetti anti-concorrenziali.

Sotto il profilo delle imprese fondatrici, qualora un’impresa comune abbia una dimensione comunitaria perché supera le soglie previste dalle regole sulle concentrazioni, è spesso preferibile che diventa una joint venture a pieno titolo.

In primo luogo, l’impresa comune va valutata (salvo per ciò che riguarda gli effetti di coordinamento) alla luce del test meno impegnativo sulle concentrazioni invece di essere sottoposto all’investigazione più approfondita dell’articolo 81.

In secondo luogo, le imprese fondatrici godranno della certezza che l’accordo sia compatibile con le regole della concorrenza qualora vi sia un’impresa comune a pieno titolo mentre il regime dell’articolo 81 non permette tale sicurezza giuridica. Questo elemento è particolarmente importante nel caso di imprese comuni con significativi investimenti. L’invalidità dell’impresa comune fa infatti correre un rischio commerciale inaccettabile.

Per quanto attiene alla durata delle investigazioni, la “modernizzazione” dell’articolo 81 ha rafforzato la differenza negli aspetti procedurali della valutazione delle imprese comuni.

Primo, la valutazione di una joint venture sulla base del Regolamento Concentrazioni avrà luogo entro un termine minimo di 25 gg. lavorativi, prorogabili fino a 35 gg. (la c.d. fase 1) ed un termine massimo di 90 gg. lavorativi, prorogabili fino a 90 gg. (la c.d. fase 2). La valutazione di una joint venture sulla base delle regole relative alle intese restrittive non richiede più una notifica presso la Commissione europea.

Secondo, le imprese comuni autorizzate nell’ambito del controllo sulle concentrazioni riceveranno una decisione formale, vincolante e permanente mentre, anche quando le condizioni dell’articolo 81(3) sono raggiunte nell’entrata in vigore

dell'accordo, le circostanze possono cambiare e la transazione potrebbe ad un certo momento essere anti-concorrenziale.

Terzo, quando il Regolamento sulle concentrazioni si applica ad un accordo, le regole nazionali di concorrenza non si applicano al fine di permettere che vi sia un "one-stop-shop". L'applicazione invece dell'art.81 scatta la potenziale applicazione parallela delle discipline antitrust nazionali di vari Stati Membri.

Per riassumere, le diverse ipotesi relative all'applicazione delle regole antitrust alle imprese comuni sono pertanto le seguenti:

Primo, l'impresa comune a pieno titolo senza un elemento di cooperazione. Se la joint venture abbia una dimensione comunitaria, essa ricadrà esclusivamente nella valutazione prevista dal Regolamento sulle concentrazioni. Senza dimensione comunitaria, tale operazione sarà valutata sempre come una concentrazione ma non dalla Commissione secondo le regole sostanziali e procedurali dal Regolamento 139/2004, bensì dalle singole autorità nazionali, preposte al controllo delle concentrazioni al livello nazionale al fine di verificare che rischia o meno di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato membro. Tuttavia, queste autorità possono rinviare alla Commissione la valutazione di un'operazione di concentrazione che possa, comunque, pregiudicare il commercio tra Stati Membri.¹⁸² Prima di notificare l'operazione alle autorità nazionali competenti, anche le parti possono informare la Commissione della detta concentrazione.¹⁸³

Secondo, l'impresa comune a pieno titolo con un elemento di coordinazione. Questo tipo di accordo sarà assoggettato al Regolamento sulle concentrazioni qualora le soglie previste dal Regolamento 139/2004 siano superate. Tuttavia, gli effetti coordinativi saranno valutati alla luce dell'art. 101 TFUE, ma secondo le regole procedurali e sostanziali del Regolamento 139/2004.

¹⁸² Articolo 22 del Regolamento 139/2004.

¹⁸³ Articolo 4(5) del Regolamento 139/2004.

In particolare, la valutazione riguarderà soltanto l'attuale o potenziale comportamento coordinativo delle imprese madri purché questo comportamento sia la conseguenza diretta della creazione dell'impresa comune. Al contrario, qualora non dovesse sussistere alcun collegamento diretto tra la costituzione dell'impresa comune ed i comportamenti coordinativi, questi ultimi saranno valutati sempre ai sensi dell'art. 81 (1) però con le regole procedurali e sostanziali della disciplina antitrust.¹⁸⁴ Senza dimensione comunitaria, l'operazione sarà valutata alla luce delle regole di cui sopra menzionate.

Terzo, **l'impresa comune a titolo parziale** che assume soltanto alcune delle attività esercitate dalle società madri senza tuttavia operare in modo autonomo sul mercato. E il caso delle imprese comuni che svolgono ad esempio attività di produzione o di vendita dei prodotti o dei servizi dalle imprese madri. Le suddette imprese esercitano allora esclusivamente un'attività ausiliaria a quella principale svolta dalle imprese madri. Il Regolamento sulle concentrazioni non si applica a questo genere di joint venture che potrà solo essere assoggettata alla disciplina antitrust, come ad esempio alla normativa in materia di accordi verticali quando le imprese madri non operano sullo stesso livello della catena economica. Queste imprese comuni saranno automaticamente esentate senza bisogno di alcuna notificazione qualora soddisfino i criteri dettati dall'art.81(3) o dai Regolamenti di esenzione per categoria (ricerca e sviluppo, specializzazione, trasferimento di tecnologia, assicurazioni, distribuzione di autoveicoli).

Occorre tuttavia rilevare che tanto per le esenzioni individuali quanto per le esenzioni concesse dai suddetti regolamenti di esenzione per categoria, rimane fermo il controllo ex post delle autorità antitrust e dei tribunali nazionali, nonché della Commissione. Così, delle ammende e delle penalità di mora potranno essere comminate.

¹⁸⁴ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2001,

Sezione seconda: La prassi delle imprese comuni nell'ambito del Regolamento sulle concentrazioni

La fattispecie *Baxter*¹⁸⁵ permette di illustrare il criterio dell'esercizio stabile di tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

Baxter e Nestlé avevano formato una joint venture controllata pariteticamente in Germania a cui trasferire le attività di un'altra società, la Salvia, descritta dalla Commissione come un'impresa esercitante tutte le funzioni di un'entità economica. I diritti di proprietà intellettuale, i magazzini e il personale di Salvia furono trasferiti alla Clintec. Per ciò che riguarda i diritti di proprietà intellettuale, la loro proprietà sarebbe stata attribuita a Baxter e Nestlé, che li avrebbero successivamente concessi tramite una licenza esclusiva alla Clintec.

Secondo la Commissione, in considerazione del fatto che nel settore farmaceutico si può operare solo avendo accesso alla tecnologia ed ai brevetti, il trasferimento così come consegnato avrebbe reso la Clintec dipendente dalle imprese madri privandola dell'autonomia di cui, in assenza di questa disposizione, avrebbe goduto. Quindi, l'operazione non costituiva un'operazione di concentrazione poiché non dava luogo alla creazione sul mercato di una società pienamente e interamente autonoma.

Similarmente, la Commissione giunse alla conclusione che una joint venture tedesca¹⁸⁶ per il riciclaggio del vetro utilizzato nell'industria automobilistica ed edile avrebbe esercitato solo funzioni ausiliarie a quelle delle società fondatrici, che erano insieme produttrici e fornitrici del 70% del vetro per autoveicoli nell'Unione europea, e che la disponibilità di una politica uniforme avrebbe inciso sulle decisioni di acquisto del vetro da parte dei produttori di veicoli.

La Commissione prese in considerazione il fatto che l'impresa comune sarebbe stata attiva nei mercati a monte ed a valle di quelli delle società madri, acquistando da queste notevoli quantitativi di scarti e vendendo loro elevati quantitativi di vetro

p.284 ss.

¹⁸⁵ Caso *Baxter/Nestle/Salvia*, IV/M.058, 1991.

prodotto dal riciclaggio. Inoltre, l'impresa comune avrebbe avuto soltanto limitate risorse ed affidarsi alle imprese madri per ottenere un sostegno finanziario. La Commissione rilevi di conseguenza che l'impresa comune non esercitava tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

Il grado di indipendenza nei confronti delle imprese madri e quindi decisivo per la valutazione dell'esistenza di un'impresa comune sottoposta al Regolamento Concentrazioni. Questa valutazione si fa tenendo conto delle caratteristiche di ciascun mercato, e quindi, dipenderà della fattispecie. Nella caso *Assicurazioni Generali e Unicredit v Commissione*,¹⁸⁷ fu deciso che nel mercato delle assicurazioni della vita, sebbene è una pratica comune per le società tale settore di usufruire di imprese esterne per la distribuzione e l'assistenza relativa all'attuario e le procedure IT, qualora l'impresa comune sia dipendente dalle sue imprese madri per l'approvvigionamento dei detti servizi al di là un periodo iniziale, non è considerata autonoma dal punto di vista operativo.

Se resta nel mercato dell'impresa comune solo una delle imprese madri, non esiste in linea di massima un rischio di coordinamento. Come nel caso *Thomson*¹⁸⁸, nel quale la Commissione osservi che non vi era un rischio di coordinamento nonostante il fatto che Thomson fosse rimasta nel mercato dell'impresa comune. Infatti, i prodotti di Thomson erano complementari a quelle dell'impresa comune. Inoltre, alla suddetta impresa spettava in pratica la definizione del comportamento dell'impresa comune visto che la nomina del responsabile operativo era di sua competenza. Non vi era spazio per una concorrenza fra Thomson e l'impresa comune e quindi l'operazione aveva una natura concentrativa e non coordinativa.

Per quanto riguarda l'elemento relativo alla tempistica dell'operazione, il caso *Teneo*¹⁸⁹ ha dimostrato che, anche se un accordo relativo all'acquisto delle quote di mercato di un'altra impresa che costituiva l'impresa comune si riferiva ad un piano

¹⁸⁶ *Flachglas/Vegla*, IV/M168, 1992.

¹⁸⁷ T-87/96, *Assicurazioni Generali e Unicredit v Commissione*, [1999] ECR II-203, §71-79

¹⁸⁸ *Thomson/Pilkington*, IV/M. 086, 1991.

di investimento di 5 anni, l'intenzione delle parti era di stabilire un veicolo per un' holding temporaneo volto a vendere gli asseti in un lasso di tempo di tre anni. La Commissione si è quindi basata sulle intenzioni delle parti per concludere che la suddetta operazione non costituiva una concentrazione.

¹⁸⁹ *Teneo/Merril Lynch/Bankers Trust*, caso n° IV/M.722, 1996.

CAPITOLO III: II COLLEGAMENTO TRA LE IMPRESE COMUNI E I PATTI PARASOCIALI SOTTO II PROFILO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

Sezione prima: La disciplina italiana dei patti parasociali

1. Una casistica definitoria

I patti (o sindacati) parasociali¹⁹⁰ sono gli accordi e le pattuizioni che i soci¹⁹¹, all'atto della costituzione della società ovvero successivamente, durante la vita del medesimo organismo collettivo, possono siglare e concludere¹⁹² tra loro, o con la stessa società, o anche con i terzi, parallelamente al contratto di società, recte al di fuori dell'atto costitutivo, con i quali gli stessi soci dispongono, mediante un contratto separato da quello societario, dei diritti sociali che derivano loro dall'atto costitutivo e dallo statuto (es. diritto di voto) onde regolare il loro comportamento nella società, verso la società o i terzi, vincolandosi reciprocamente ad esercitarli in un modo predeterminato, per perseguire delle scelte imprenditoriali comuni.

Mediante la stipulazione di detti accordi i soci contraenti limitano le rispettive prerogative in vista del conseguimento dei vantaggi connessi alle funzionalità che i medesimi patti sono destinati ad assolvere.

¹⁹⁰ Con l'espressione *patti sociali* conosciuta, come noto, nel lontano 1942 da Giorgio Oppo nel primo pionieristico studio sull'argomento (Oppo G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942) vengono definite "quelle convenzioni ... con cui i soci od alcuni di essi attuano un regolamento di rapporti difforme o complementare rispetto a quello previsto dall'atto costitutivo o dallo statuto della società" (così testualmente Cass. 23 aprile 1969, n. 1290, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1695 ss., ivi spec., p. 1699, e in *Foro it.*, 1969, I, c. 1735 ss., e in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 694 ss., e in *Riv. not.*, 1969, p. 851 ss., e in *Rolandino*, 1970, p. 27 ss. con nota di Amaduzzi B., *Limiti della validità delle convenzioni di voto nelle società commerciali*, e in *Aa.Vv.*, *Casi e materiali di diritto commerciale*, collana diretta da Bonelli F., Buonocore V., Castellano G., Costi R., D'Alessandro F., Ferro-Luzzi P., Gambino A. e Jaeger G., *Società per azioni*, 1, Milano, 1974, p. 446 ss.). Più recentemente sull'argomento, limitandosi ai contributi monografici, si vedano Santoni G., *Patti parasociali*, Napoli, 1985; Farenga L., *I contratti parasociali*, Milano, 1987; Torino R., *I contratti parasociali*, Milano, 2000.

¹⁹¹ Di norma alcuni soci, ma nulla esclude che possano farlo tutti.

¹⁹² Senza requisiti di forma, e quindi anche oralmente.

Più esattamente “per “patti parasociali” (...) devono intendersi quei contratti attraverso i quali alcuni soci - e qualche volta anche tutti i soci –, per tutelare loro legittimi interessi o per tutelare meglio interessi già tutelati dalla legge positiva o per sopperire a lacune e deficienze della legislazione o per adeguarsi a sopravvenute ed effettive esigenze della pratica societaria, pongono in essere un regolamento integrativo dei patti contenuti nell’atto costitutivo o nel contratto sociale, che, in qualche caso, può essere anche difforme dalla disciplina positiva”.¹⁹³

Si tratta, a ben vedere, di veri e propri contratti in base ai quali i soci si riuniscono, discutono e, secondo le regole di formazione della comune volontà stabilite nell’accordo, decidono come ciascuno di essi eserciterà uno o altro dei diritti che vantano in forza della partecipazione al capitale sociale. Attraverso il raggiungimento di simili accordi i soci limitano la propria libertà.¹⁹⁴

I motivi che spingono i soci a stipulare simili convenzioni sono i più vari: si va dal garantire il controllo della società, alla formazione di un nucleo stabile di azionisti, al finanziamento della società, ad una diversa divisione degli utili e delle perdite in capo ai singoli soci, quando questa non è compatibile con la forma di società adottata, ad adeguare il modello legale di organizzazione societaria previsto dal codice civile alle particolari esigenze che possono sorgere nei soci stipulanti.

¹⁹³ Così, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore V., Torino, 2001, p. 165. In giurisprudenza Cass. 29 gennaio 1964, n. 234, in *Dir. fall.*, 1964, II, p. 69, secondo cui i cosiddetti “contratti parasociali” sono contratti accessori rispetto al contratto sociale, ma distinti da esso, in quanto intercorrono tra i soci e non anche nei confronti della società; nello stesso senso Cass. 8 agosto 1963, n. 2244, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, pag. 188.

¹⁹⁴ Essi, infatti, sono in principio liberi di decidere come comportarsi nell’esercizio dei diritti sociali (se e come votare in assemblea) e - nei limiti segnati eventualmente dallo statuto sociale (ad esempio, attraverso la previsione di clausole di prelazione o di gradimento) - possono cedere la propria partecipazione sociale a chiunque e a qualunque prezzo. In vista del raggiungimento di certi vantaggi, i soci tuttavia possono aver interesse a limitare in certa misura questa loro libertà ottenendo contestualmente che altri soci a loro volta la limitino.

La definizione di contratto parasociale è estremamente ampia e comprende fattispecie tra di loro molto eterogenee;¹⁹⁵ pertanto è necessario specificare i “caratteri individuanti”¹⁹⁶ di questi accordi, che non risultino però troppo generici e di conseguenza scarsamente significativi.

Secondo l'impostazione classica, che risale a G. Oppo, i patti parasociali possono essere raggruppati in base al diverso grado di incidenza sullo svolgimento del rapporto sociale e sulla stessa società, e quindi sui soci e i terzi interessati allo svolgimento del rapporto medesimo.

A questo proposito abbiamo accordi¹⁹⁷ che:

- “Possono restringere i loro effetti e la loro azione ai soli soci stipulanti ed avere eventualmente per la società (e gli altri soci) una ripercussione di mero fatto né favorevole né sfavorevole”. A questa categoria appartengono ad esempio quegli accordi come il patto di concentrazione delle azioni, attraverso il quale più persone si impegnano a costituire una società e a trasferire le azioni così ottenute ad uno dei contraenti subito dopo la costituzione; oppure ancora gli accordi con i quali un socio garantisce ad un altro un dividendo minimo, o il patto con cui un socio si obbliga ad acquistare le azioni di un altro socio nel caso in cui gli affari vadano male. Si tratta quindi di accordi conclusi tra soci che non hanno alcun effetto sulla società.
- “Possono essere diretti a procurare alla società vantaggi particolari a carico dei soci”. Rientrano in questa categoria gli accordi con i quali i soci si impegnano a concedere credito alla società, in modo tale che la stessa possa far fronte alle necessità, anche temporanee, senza ricorrere ad un vero e proprio aumento di capitale.
- “Possono incidere indirettamente sulla società, o in quanto siano diretti ad influire sulla sua vita e sulla determinazione della sua azione, o in quanto

¹⁹⁵ In pratica poi vengono utilizzate anche delle varianti rispetto a tipologie di patti ormai tipizzati dalla dottrina.

¹⁹⁶ L'espressione è ancora di Oppo G., *op. ult. cit.*

addirittura invadano giuridicamente la sfera di diritti della società e la competenza dei suoi organi sostituendo a questi ultimi i singoli soci o la loro somma operanti in veste extrasociale”. In questa categoria rientrano i sindacati di voto, in base ai quali i soci si impegnano ad esprimere il voto assembleare in modo determinato.

Questa classificazione, che si basa, come detto, sul diverso grado di incidenza sullo svolgimento del rapporto sociale e sulla società, è stata riesaminata¹⁹⁸, sulla base della considerazione che i contratti parasociali sono diretti unicamente a perseguire interessi individuali dei soci, e non sono quindi in grado di modificare l’ordinamento societario attuato dalla legge o dall’atto costitutivo, e di incidere sul rapporto sociale e sulla società stessa.

Pertanto è stata proposta una diversa classificazione che distingue due categorie di patti.

La prima comprende i patti che prevedono atti di disposizione dei diritti che derivano ai soci dall’atto costitutivo, con i quali il socio si impegna ad esercitare i suoi diritti in modo determinato (patti parasociali collaterali¹⁹⁹).

La seconda comprende i patti che prevedono invece l’obbligo per i soci stipulanti di effettuare prestazioni a favore della società, obblighi che non sono riconducibili al contratto di società (patti parasociali complementari²⁰⁰).

Recentemente è stata proposta²⁰¹ anche un’altra classificazione che si basa sull’elemento causale dei contratti parasociali. I contratti parasociali dovrebbero essere distinti in contratti che non modificano l’organizzazione sociale, strutturati

¹⁹⁷ Vedi Oppo G., *op. ult. cit.* p. 6-11.

¹⁹⁸ Ad opera di Santoni G., *Patti Parasociali*, cit., p. 142-146.

¹⁹⁹ La tipologia più importante di patti che rientrano in questa categoria è quella dei sindacati di voto, ovvero degli accordi con i quali i soci si impegnano a votare in assemblea in modo predeterminato.

²⁰⁰ Rientrano in questa categoria tutti i patti attraverso i quali i soci assicurano vantaggi patrimoniali alla società.

²⁰¹ Ad opera di Farena L., *I contratti parasociali*, cit., p. 212.

sul modello del contratto di scambio ed autonomi dal contratto di società, e contratti che modificano l'organizzazione sociale, strutturati sul modello del contratto associativo. Quest'ultima categoria comprende i sindacati di voto, mentre l'altra raggruppa tutti gli altri contratti parasociali.

Il problema che in concreto deve essere risolto è quello di specificare i criteri che permettano di distinguere i contratti parasociali dal contratto di società, e permettano di stabilire se questi devono essere interpretati in base alle norme del diritto societario o alla disciplina generale dei contratti, vista anche la diversa efficacia che viene loro riconosciuta: efficacia obbligatoria per i patti parasociali che producono i loro effetti limitatamente ai soli contraenti, ed efficacia reale del contratto di società che è efficace ed opponibile erga omnes.

I criteri che sono stati elaborati dalla dottrina²⁰² sono essenzialmente due: la distinzione dal contratto sociale e il collegamento negoziale che si instaura con il contratto sociale stesso.

2. Cenni storici

Dopo avere provato di dare una definizione accettata della nozione di patti parasociali, una ricostruzione storica dell'evoluzione della cosiddetta nozione sembra opportuno onde capire meglio i provvedimenti attuali, e conferire l'interpretazione la più giusta che sia alla nozione.

2.1 La prassi societaria

Troviamo in una sentenza della Corte d'Appello di Milano di 1911, un primo riferimento nella giurisprudenza italiana alla validità della convenzione di voto. La Corte dichiarò nulla per illiceità della causa, l'obbligazione assunta da un socio, di votare in un determinato senso in assemblea. La suddetta decisione si basava sul

²⁰² Proposti anch'essi, per la prima volta da Oppo G., *op. ult. cit.*

principio dell'impossibilità di formare la volontà sociale al di fuori dell'assemblea, luogo di confronto esclusivo.

La dottrina dell'epoca si divideva in due : da un lato, quelli che sostenevano i presupposti della giurisprudenza ; dall'altro, quelli che sostenevano che il principio della discussione assembleare fosse ormai superato dalla pratica societaria, e pertanto, bastava rispettare la regola della deliberazione all'unanimità dei soci sindacati.²⁰³

2.2 La codificazione del 1942

Il diritto societario ha fatto l'oggetto di una grande riforma dopo la codificazione del 1942. La società per azioni configurata nel codice civile era tra l'altro caratterizzata da una limitazione della responsabilità patrimoniale dei soci e da una chiusura nella ripartizione delle competenze tra gli organi della società. ne conseguiva che i poteri di gestione dell'assemblea fossero comprese in favore dell'organo gestore.

Dunque, le convenzioni di voto potevano essere difficilmente concluse nell'assemblea. Tuttavia, la relazione al codice civile rimandava l'apprezzamento della liceità della convenzione di voto agli tribunali :

« La molteplicità delle situazioni di cui si sarebbe dovuto ten conto ha sconsigliato (...) un intervento legislativo in materia di sindacati azionari. Discussi dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono non tanto i sindacati di difesa dei titoli, quanto i sindacati che importano il vincolo del diritto di voto. ma di fronte a questi sindacati si è dovuto considerare che l'apprezzamento dipende molto dall'esame delle situazioni concrete e spetta quindi più al giudice che al legislatore.

Del resto, poiché il nuovo codice vieta al socio di esercitare il diritto di voto nelle deliberazioni in cui egli ha un interesse in conflitto con quello della società (art. 2373 c.c.): che peraltro, quale conseguenza del divieto, si limita a rendere annullabile, secondo le circostanze, la conseguente deliberazione assembleare cui il

²⁰³ SEMINO, *I patti parasociali nella riforma delle società di capitali : prime considerazioni*, in *Le Società*, 2003, p.345 ss.

voto contribuisce in modo decisivo, il giudice può trovare già in questa norma una direttiva sulla liceità dei sindacati che vincolano il diritto di voto. Perché le intese a cui non si deve indulgere sono specialmente quelle dirette a turbare il processo di formazione della volontà sociale, determinandola in modo non conforme all'interesse della società, e cioè in senso contrario a quella che sarebbe stata la presumibile risultanza del libero esercizio del diritto di voto ».²⁰⁴

Il codice civile proponeva però una apertura all'ammissibilità dei patti parasociali. Ad esempio, l'articolo 2377, dando ai soli soci assenti o dissenzienti il diritto di impugnare la delibera assembleare, consentiva di ritenere che il socio fosse titolare di un potere giuridico, nel suo proprio interesse e non soltanto in quello societario. Inoltre, la giurisprudenza ammetteva la validità dei sindacati azionari deliberanti all'unanimità. Le decisioni esprimevano il fatto che un sindacato azionario poteva essere considerato legittimo solo qualora il suo regolamento avesse comportato « la validità delle sue deliberazioni solo se prese all'unanimità ».²⁰⁵

Successivamente il confronto della dottrina si è incentrato sulla distinzione tra accordi leciti e non, danno per scontato comunque la validità dei sindacati di voto : infatti, i sindacati di voto non cambiano le maggioranze che si formano nelle assemblee, ma riguardano una fase antecedente, aggiungono alla deliberazione a seconda di meccanismi che non sono diversi da quelli che portano i soci in assemblea ad esprimere il proprio voto.²⁰⁶

Dalla fine degli anni ottanta e nei successivi anni novanta, la legislazione italiana ha previsto molteplici norme nelle quali i patti di sindacato trovano esplicito richiamo.

Così, si può evocare l'art.2 della legge n°416/81 in tema di editoriale per il quale : « nel caso di accordi parasociali o di sindacato di voto fra i soci di società titolari di testate di giornali quotidiani, che ne consentono il controllo, coloro che stipulano l'accordo partecipano alla costituzione del sindacato hanno l'obbligo di effettuare la comunicazione di cui al 1° comma.

²⁰⁴ Relazione al codice civile 1941, p.164.

²⁰⁵ App. Venezia, 24 luglio 1946, *Foro Padano* 1947, I, p.244 ; Cass. 31 luglio 1949, *Foro Italiano* 1949, I, p.920.

Così, gli artt. 13 e 37 della legge n°223/90, in materia di radio diffusione e televisione che fanno riferimento a situazioni di controllo o di collegamento «realizzati congiuntamente con altri soggetti tramite società direttamente o indirettamente controllate o tramite intestazione fiduciaria o mediante accordi parasociali.

Attraverso altre leggi tali quella del 18 febbraio 1992 n°149 in tema di offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto, e scambio di titoli, che prende in esame i sindacati di voto, o ancora la legge n°474/94, che si riferisce a diversi tipi di sindacati, il legislatore prende oramai in considerazione *esplicitamente* i patti parasociali.

Negli anni 90', l'evoluzione giurisprudenziale ha operato con particolare attenzione alla realtà delle grandi imprese, ma indicendo anche, sul piano giuridico, sull'unico tipo regolato nel codice civile, e modificando quindi I principi di ordine pubblico relative a tutte le società per azioni. Il principio dell'inderogabile competenza assembleare è stato così scardinato per un duplice fondamentale aspetto, sia legittimando nei gruppi la direzione unitaria extrassembleare, sia dichiarando valide le convenzioni di voto a maggioranza, con le quali vengono prese decisioni extrassembleari da minoranze organizzate nel sindacato.

Ed in questo contesto che matura il nuovo orientamento della Cassazione, nella importantissima sentenza n°9975/95 del 20 settembre 1995 :²⁰⁷

« Il vincolo nascente da un sindacato di voto (...) opera su un terreno esterno all'organizzazione sociale e non impedisce, perciò, al socio di determinarsi liberamente nell'esercizio del voto in assemblea ». Dunque, nell'interno dell'attività assembleare, il socio potrà decidere di votare come preferisce, senza alterare il corretto funzionamento dell'assemblea. Forse, sarà il singolo associato ad aver una responsabilità contrattuale per non rispetto delle disposizioni contrattuali verso gli altri parasoci.

²⁰⁶ VISENTINI, *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in *Riv.Soc.*, p.7.

²⁰⁷ Cass. 20 settembre 1995 n.9975 in *Riv. Not.* 1996, p. 626.

Questo cambiamento, dopo quasi cento anni di giurisprudenza contraria ai sindacati di voto, si giustifica anche per « alcune tra le disposizioni di leggi speciali (...) che si riferiscono proprio ad accordi tra soci riguardanti la nomina delle cariche sociali, al dichiarato scopo di regolamentare i rapporti di controllo che ne derivano, presupponendone dunque la piena validità ».²⁰⁸

Questo principio giurisprudenziale, confermato dall'orientamento di numerosi decisioni, è oggi superato dalla normativa positiva in tema di società di capitali in genere, e di società quotate in particolare, pur se l'interpretazione sulla meritevolezza dei patti deve ovviamente essere sviluppata con i criteri di merito che la giurisprudenza, ha ormai chiaramente individuate.²⁰⁹

I patti parasociali fanno l'oggetto di due discipline distinte, a seconda che vengano stipulati in società non quotate o quotate: nel primo caso si applica l'art. 2341-bis; nel secondo caso gli artt. 122-123 TUF.

Il *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (d.l. 24.2. 1998, n.58) (TUF) riforma completamente la disciplina delle società quotate. Il TUF introduce una disciplina organica dei patti parasociali, che permetta di regolare una ampia tipologia (v.infra) di convenzioni che incidono sugli assetti di proprietà e di potere. Il TUF ha operato un significativo intervento nell'ambito dei patti parasociali, soprattutto nel senso di aver provveduto ad una diretta tipizzazione degli stessi da un punto di vista contenutistico e soggettivo, giungendo, in tal modo, a legittimarne l'esistenza nell'ordinamento giuridico italiano.²¹⁰

Le norme di cui al TUF (artt.122, 123 e 207) - la cui disciplina mira essenzialmente alla tutela del risparmio e degli azionisti di minoranza - sanciscono,

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ CREMASCO, LAMBERTINI, *Governato delle imprese e patti parasociali*, Torino, Cedam, 2004, p.51

²¹⁰ RESCIO, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p.853.

nell'ordinamento italiano la piena e definitiva legittimazione dei sindacati di voto, purché resi pubblici, così assicurandone la trasparenza.

Più precisamente, la disposizione di cui all'art.122 TUF prescrive, per i patti in discorso, specifici oneri di pubblicità: al riguardo, la norma citata dispone, nel comma 1, per le società quotate e le loro controllanti oneri di comunicazione, di diffusione e di pubblicità legale, ossia l'obbligo di comunicazione alla CONSOB dell'avvenuta stipulazione del patto da assolvere entro cinque giorni nonché l'obbligo, di cui al comma 1, lettera b), di pubblicare per estratto i patti sulla stampa quotidiana entro dieci giorni dalla stipulazione.

Il legislatore ha anche imposto all'art. 123 del TUF un limite massimo di durata per i patti a tempo determinato e ha attribuito un diritto di recesso, con onere di preavviso, da qualsiasi negozio parasociale stipulato a tempo indeterminato.

Per quanto riguarda la collocazione dei patti parasociali nel codice civile, gli artt. 2341 *bis* e 2341 *ter* del codice civile dettano norme sui patti parasociali, le quali si pongono in continuità con le norme introdotte dal testo unico della intermediazione finanziaria per le società emittenti di azioni quotate nei mercati regolamentati.²¹¹

Con l'introduzione di questi articoli nel codice civile, si è mirato di cogliere la comune funzione delle diverse fattispecie di patti parasociali, individuandola nel fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società, e ciò anche per diminuire il rischio, già manifestatosi in relazione alle società quotate, di una impropria estensione delle norme sui patti parasociali a fattispecie che nulla hanno a che vedere con questi.

A tali effetti è stato anche chiarito che le norme sui patti parasociali non si applicano a clausole accessorie di accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni e servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo.

²¹¹ TUCCI, *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Bari, Cacucci Editore, 2005, p.67.

La disciplina codicistica differisce da quella del testo unico per la diversa durata dei patti, che per le società non quotate non può essere superiore a cinque anni, oltre che per le diverse modalità della loro pubblicità, che è prevista solo per i patti parasociali relativi a società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

La pubblicità consiste nella comunicazione dei patti parasociali alla società e nella loro dichiarazione in apertura di ogni assemblea. L'omessa dichiarazione in assemblea (ma non anche l'omessa comunicazione alla società), ha come conseguenza che i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e che le deliberazioni assunte con il loro voto determinante sono annullabili.

Il legislatore ha inteso regolare la fattispecie con riferimento a quel tipo sociale, perché in esso è più sentita l'esigenza di garantire regole certe e definite in considerazione della maggiore rilevanza per il pubblico e per il mercato finanziario; essa, non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti, così per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone.

3. La tipologia dei patti

Nell'ambito del genus dei patti parasociali, diverse species possono essere identificati. La dottrina ha fatto ricorso a diversi criteri di raggruppamento che si concentrano essenzialmente sugli *effetti* del contratto ovvero sulla *natura degli obblighi* da esso nascenti. La prima classificazione proposta, parte dalla considerazione che ogni distinzione « vada fatta in ragione del diverso grado della loro incidenza (...) sullo svolgimento del rapporto sociale e sulla stessa società, ed eventualmente per il suo tramite sugli altri soci e sui terzi interessati allo svolgimento del rapporto sociale».²¹²

Su tale base, i patti vengono sub divisi secondo una idea *descrittiva* della prassi negoziale. Devono essere distinti i contratti parasociali che :

²¹² OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 6 e ss.

1. « Possono restringere i loro effetti e la loro azione ai soli soci stipulanti ed avere eventualmente per la società(e gli altri soci) una ripercussione di mero fatto né favorevole né sfavorevole(...);
2. possono essere diretti a procurare alla società vantaggi particolari a carico dei soci(...);²¹³
3. possono incidere direttamente sulla società o in quanto sono diretti ad influenzare sulla vita o sulla determinazione della sua azione o in quanto addirittura invadano giuridicamente la sfera di diritti della società e la competenza dei suoi organi sostituendo a questi ultimi i singoli soci o la loro somma operanti in veste extrasociale ». ²¹⁴

In altri termini, la terza categoria evoca il patto parasociale in quanto mezzo di influenza diretta sul funzionamento della società o sulla sfera di competenza dei suoi organi, « sostituendovi » quella dei contraenti al patto.

Questa ultima categoria è stata ampiamente criticata da parte di una impostazione dottrina, che fa leva sulla possibile violazione di norme imperative del diritto societario (le due prime non avrebbero dei problemi di liceità « societaria » perché non influiscono sul *funzionamento organico* della società, dando soltanto a essa un vantaggio patrimoniale).

Questa impostazione ritiene che i patti parasociali, pure abbiano una influenza sull'azione economica della società, non possano in alcun modo produrre effetti per la stessa, restando del tutto senza influenza sul piano giuridico.

In tale senso, « non è dato parlare di incidenza dei patti parasociali sul rapporto sociale o sulla società. Questi ultimi, e l'ordinamento che ne regola l'attuazione delle rispettive finalità, risultano in tutto estranei ed insensibili al regolamento pattizio attuato con gli accordi parasociali». ²¹⁵

Questa dottrina propone di distinguere tra *patti complementari*, secondo i quali i soci si vincolano reciprocamente a procurare un vantaggio alla società- senza che

²¹³ Ad esempio, i patti con i quali i parasoci si impegnano a effettuare versamenti ulteriori rispetto a quelli previsti in sede di costituzione.

²¹⁴ *Ibidem*.

per questo il patto assuma rilevanza sociale- e *patti collaterali*, che determinano su un piano obbligatorio, le modalità di esercizio dei diritti sociali.²¹⁶

Infine, in virtù di una terza impostazione, i contratti parasociali andrebbero, invece, suddivisi in due categorie: quella che ricomprende i patti parasociali idonei ad incidere sulla organizzazione sociale e quella che ricomprende i patti che tale incidenza non comportano:

«Si può enucleare questa categoria di contratti parasociali i quali presentano la importantissima caratteristica di influire sull'organizzazione della società nello stesso modo delle clausole contenute nello statuto. La seconda categoria avrebbe invece carattere residuale, ricomprendendo tutte le altre ipotesi di contratti parasociali, quelli quindi che Oppo raggruppava, nella sua classificazione sub 1 e 2».²¹⁷

Così, nella prima categoria rientrerebbero tutti gli accordi diretti ad incidere sull'attività sociale guidandola, in modo anche difforme da quello previsto dalla norma legale o statutaria, ad esempio, i sindacati di voto e di amministrazione. La seconda categoria sarebbe invece composta di tutte le altre convenzioni, tali i patti di garanzia degli utili; i patti con i quali si garantisce un interesse sul capitale conferito; i patti con i quali si garantisce all'amministratore un determinato compenso; nonché i vari patti che regolano il trasferimento delle azioni, sindacato di blocco, patto di prelazione e patto di concentrazione delle azioni.²¹⁸

Mi pare importante ora, di rintracciare gli elementi preminenti delle più diffuse categorie di patti parasociali.

²¹⁵ SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, Jovene, 1985, p.144 ss.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ FARENGA, *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano, 1987, p.37 ss.

3.1 I sindacati di voto

Per convenzione di voto, si deve intendere il negozio che abbia direttamente per sia alla “titolarità” o “all’esercizio” del diritto di voto.

Per quanto riguarda la “titolarità” del diritto di voto, rientrano i patti con cui si dispone del diritto di voto ponendolo in capo ad un soggetto al quale per legge non spetterebbe, nonché rientrano quei negozi con cui semplicemente si rinuncia al diritto in discorso, abdicandovi la titolarità.

Per quanto attiene, all’”esercizio” del diritto di voto, rientrano invece i negozi con i quali, pur rimanendo il diritto di voto in capo al soggetto a cui la legge lo imputa, questi si vincola ad esercitarlo in un determinato modo, o a non esercitarlo pur restandone titolare.²¹⁹

Anche se occorre tenere conto dell’eterogeneità delle convenzioni e delle numerosi configurazioni che in concreto possono assumere, il nucleo principale che caratterizza i sindacati di voto è costituito da accordi tra soci, che vincolano i partecipanti per un certo periodo di tempo, ad esercitare il diritto di voto nelle assemblee della società i conformità alle decisioni prese in virtù delle regole organizzative del sindacato.²²⁰

Nell’analisi dei sindacati di voto, non ci siano dei motivi per escludere i patti con i quali il titolare del diritto di voto attribuisca a un altro socio o a un terzo, l’esercizio diritto di voto o la titolarità del relativo diritto, oppure si impegni a esercitarlo secondo le istruzioni della controparte contrattuale. Questa interpretazione si basa, tra l’altro, sull’articolo 122, T.U.F. Se questi patti dovessero entrare nella tipologia descritta, si dovrebbe ritenere questi ultimi in quanto soggetti alle disposizioni in materia di durata (limite massimo, rinnovabilità alla scadenza, recesso se a tempo indeterminato) anche quelle convenzioni che attribuiscono al proprietario, anziché all’usufruttuario o al creditore pignoratizio, il diritto di voto sulle azioni oggetto di pegno o di usufrutto.

²¹⁸ *Ibid*, p.42-43

²¹⁹ RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol3, Torino, Utet, 1994, pp.485-486.

²²⁰ SBISA G., *Sindacati di voto e rappresentanza in assemblea*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, AA. VV a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, Giuffrè, 1993, p.127 ss.

I sindacati di voto hanno avuto maggiore diffusione nella pratica societaria.²²¹

3.2 I sindacati di blocco

I sindacati di blocco sono quei patti che, in generale, hanno l'effetto di porre limitazioni, sia qualitative che quantitative, al trasferimento, al di fuori del patto, di azioni o strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o sottoscrizione delle stesse²²²

In buona sostanza, si tratta di accordi diretti, generalmente, ad assicurare compattezza alla compagine societaria attraverso la limitazione del potere di trasferire le azioni; tali accordi, sostanzialmente, si esplicano nel divieto di alienazione di tali strumenti, con l'obbligo, in caso contrario, di offrirli in prelazione agli altri soci sindacati. Il diritto di prelazione può avere ad oggetto la sola cessione delle azioni o quote, ovvero riguarda anche la loro sottoposizione a vincoli o, ancora, estendersi alle obbligazioni convertibili, al diritto di sottoscrizione degli aumenti di capitale, all'esercizio del diritto d'opzione, e alle azioni della società socia. L'oggetto della prelazione può essere qualsiasi negozio di trasferimento della partecipazione sociale, compresi gli atti di disposizione come riporti, di costituzione in pegno ed usufrutto, come possono essere esclusi i trasferimenti a titolo successorio o titolo gratuito.

Così si riconosce varie configurazioni dei patti di blocco:

- i) i patti di non alienazione, in cui il parasocio si obbliga a non alienare le azioni sindacate;
- ii) i patti di alienazione condizionata, in cui il parasocio si obbliga a non alienare le azioni se non a soggetti che accettino a loro volta di subentrare nel rapporto sindacale: la sfera di appartenenza di tali soggetti viene spesso ulteriormente circoscritta a particolari categorie (es. familiari, soci già sindacati) o a persone che riscuotano il gradimento del sindacato, e non di

²²¹ SCHLESINGER, *Sindacati di voto: oggetto delle clausole*, in *Giur. Comm.*, 1992, p. 424;
ATELLI, *Recesso ed inadempimento nelle convenzioni di voto in Contr.e impr.*, 1997, p. 68 e ss.

rado gli associati si riservano il diritto di prelazione dei confronti di chi intenda cedere le proprie azioni.”²²³

In questa categoria di patti autorevole dottrina ha ricondotto, altresì, le clausole statutarie di gradimento, ossia quelle clausole che impongono di alienare la propria partecipazione azionaria solo a soggetti che abbiano preventivamente ottenuto il placet dagli altri aderenti ed ancora, i patti con i quali ci si impegna a non aderire ad una offerta pubblica (volontaria od obbligatoria) di acquisto;

3.3 I sindacati di gestione

I sindacati di gestione (o patti di amministrazione) hanno per oggetto l'esercizio congiunto di un'influenza dominante sull'operato degli amministratori (secondo alcuni non sarebbero validi, perché vincolerebbero gli amministratori, quello che può essere contestato poiché essi hanno sempre facoltà di scegliere liberamente le operazioni da porre in essere).²²⁴

Accanto questi tre sindacati, hanno proliferato molti altri accordi, eterogenei nei contenuti, finalizzati ad adeguare lo schema societario all'intento ed agli interessi concreti delle parti:

a) *I patti di consultazione*, ossia patti che hanno l'effetto di imporre agli aderenti obblighi di preventiva consultazione sulla direzione dell'esercizio del diritto di voto e che, a differenza dei sindacati di voto - nei quali l'intendimento collettivo è vincolante per l'espressione individuale del voto - hanno come finalità il semplice scambio di informazioni prima che il convincimento del singolo aderente sia formato in modo definitivo.²²⁵

²²² KUSTERMANN, *Osservazioni sui patti parasociali dopo la "Riforma Draghi"*, in *Società*, 1998, p. 911.

²²³ RESCIO, *op.cit.*, p.650.

²²⁴ KUSTERMANN, *op. cit.*, p. 911.

b) *I patti di acquisto*, ossia patti che hanno l'effetto di imporre l'acquisto di azioni o di strumenti finanziari che attribuiscono facoltà di acquisto e sottoscrizione di azioni, sia nella società di riferimento che in altre, allo scopo di rafforzare la posizione di controllo del patto nel suo complesso;²²⁶

c) *I patti di concentrazione delle azioni*, con i quali i soci fondatori si obbligano a trasferire ad uno di essi tutte le azioni non appena costituita la società.

d) *I patti di smobilizzo delle partecipazioni* nonché gli impegni assunti verso terzi creditori sociali (tra cui le lettere di patronage), con i quali si promette al finanziatore di tenere una certa condotta sociale all'interno della società partecipata e finanziata.

4. La sistemazione dei patti parasociali nel diritto positivo

4.1 I patti parasociali nella riforma delle società quotate

Il D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 contenente il T.U.F, per primo ha stabilito una regolamentazione dei patti parasociali, segnatamente dei sindacati azionari, pur limitatamente ai patti relativi alle società con azioni quotate in borsa ed alle società che le controllano.

La disciplina dei patti parasociali nel T.U.F. è prevista negli articoli 122, 123, 124. In altre disposizioni della stessa legge si riferisce ai patti parasociali: gli artt. 109, 141,2 comma, 193, 2 comma, e 207.

La ratio della nuova disciplina dei patti contenuta nel decreto va essenzialmente individuata nella tutela del risparmio e degli azionisti di minoranza. Così, il legislatore ha posto in primo piano l'interesse del mercato ad un'informazione

²²⁵ IRTI, *I patti di consultazione*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Jaeger-Bonelli, Milano, Giuffrè, 1993, p. 75 e ss.

²²⁶ LISANTI, *La nuova disciplina sui patti parasociali di società quotate dopo il Regolamento Consob*, in *Le società*, 1999, p. 918.

trasparente sugli assetti di potere delle società quotate, dettando, per le convenzioni parasociali, specifici oneri di pubblicità.²²⁷

I diversi tipi di patti sono tutti assoggettati allo stesso regime che comprende una tipologia quasi completa delle convenzioni che incidono sugli assetti di proprietà.

L'articolo 122 del T.U.F elenca diversi tipi di convenzioni parasociali cui applicare la relativa disciplina, ossia:

- I patti “aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto”;
- I patti “che istituiscono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto”;
- I patti che “pongono limiti al trasferimento delle azioni con diritto di voto o di strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione delle stesse”;
- I patti che prevedono l'acquisto delle succitate azioni e dei succitati strumenti; e infine,
- I patti “aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante”.

Così, se si escludono i patti afferenti all'esercizio di un'influenza dominante, gli altri sono quelli ormai noti come patti di voto, patti di consultazione, sindacati di blocco e patti di prelazione.

Un primo dato che emerge da questa tipologia normativa è che il legislatore ha rinunciato a fornire una definizione unica dei patti parasociali e ha preferito selezionare alcune fattispecie più ricorrenti nella pratica.²²⁸ Un'impostazione

²²⁷ CHIAPPETTA, *I patti parasociali nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1998, p.989

²²⁸ COSTI R., *I patti parasociali in La riforma delle società quotate*, a cura di Bonelli – Buonocore – Corsi – Costi – Gambino – Jaeger – Patroni Griffi, Milano, Giuffrè, 1998, pp.114-115: “ I patti presi in considerazione dal T.U.F sono quelli che più direttamente di altri incidono sugli assetti proprietari e sugli assetti di potere nell'ambito della struttura societari. Il che ancora una volta sollecita l'interprete a non enfatizzare la distinzione tra sociale e parasociale e a rendersi conto che la ragione, unica, che

dottrina ha tuttavia contestato la tassatività dell'art. 122 del T.U.F, considerando che anche convenzioni diverse, non direttamente assimilabili a quelle che sono generalmente individuate in quanto parasociali, ma purché producano gli effetti stabiliti dall'art. 122 del T.U.F, possano essere riconducibili alle fattispecie dei patti rilevanti.²²⁹

Senz'altro, invece, i tipi di patti elencati dalla disciplina dettata dal T.U.F non esauriscono la vasta categoria dei patti parasociali, nella quale rientrano anche altri tipi di accordi, come ad esempio, gli accordi tra soci per finanziare la società o coprirne le perdite.²³⁰

I patti elencati dall'art. 122, T.U.F. formano tuttavia una categoria omogenea, siccome sono tutti strumenti che consentono di controllare la società. Il corollario di questa osservazione è che la separazione tra il sociale e il parasociale, non è così netto come certi lo pretendono. Questo punto sarà analizzato nella sezione terza di questo capitolo.

Si deve anche aggiungere che la volontà del legislatore delegato nel prevedere i patti parasociali più ricorrenti nella prassi societaria, va oltre la delega conferita al governo- che prevedeva, in modo esplicito all'art.21, comma 4, L.6.2.1996 n.52 di intervenire solo nei settori concernenti i “sindacati di voto”.

Infatti, “il legislatore delegato, in considerazione delle strettissima connessione che nella pratica lega gli accordi relativi all'esercizio del diritto di voto a quelli sulla circolazione delle azioni, ovvero a quelli che prevedono periodiche consultazioni tra i soci, ha dettato negli art. 122 e 123 del T.U.F. disposizioni che riguardano

spinge il legislatore a prendere in considerazione i patti parasociali è costituita dalla profonda incidenza che alcuni di essi hanno nella vita della società e quindi sul “sociale”.

²²⁹ TUCCI, *op.cit.*, p. 52 ss. Questo autore riconduce alla disciplina dei patti parasociali prevista dal T.U.F. , gli accordi di lock up, ossia gli accordi stipulati tra il socio di maggioranza ed i soggetti incaricati del collocamento delle azioni in occasione di offerte pubbliche di vendita finalizzate all'ammissione alla quotazione di borsa e aventi ad oggetto impegni di non alienazione a carico del primo e vincoli all'esercizio del diritto di voto; la Consob ha ritenuto che questi accordi non erano qualificabili come convenzioni parasociali e solo “astrattamente riconducibili” alle fattispecie di cui all'art. 122, I e V, lett. b), T.U.F (cfr. Comunicazione n. DIS/29486 del 18 aprile 200 e Comunicazione DEM/2057476 del 14 agosto 2002), con esclusione di conseguenza dell'applicazione della relativa disciplina.

l'intera "categoria" dei patti parasociali, a ciò non ostando la lettera della delega, che si limitava soltanto a prevedere che la "riforma" della disciplina delle società emittenti avesse "particolare"- e non, quindi, esclusivo- riferimento ai sindacati di voto, con esclusione, quindi, ad esempio, di una disciplina dei patti parasociali relativi alla circolazione delle azioni, avrebbe avuto l'effetto di dare luogo, ancora una volta, ad una disciplina disorganica e sommaria, in evidente contrasto con la funzione tipica di un testo unico e con la primaria finalità della delega stessa".²³¹

Secondo una grande parte della dottrina, si può dedurre dalla suddetta tipologia che la nuova disciplina pone un termine alle discussioni sulla liceità, validità ed efficacia dei sindacati di voto, di blocco e simili. Ormai, le convenzioni parasociali corrispondono ad un interesse di tutela per il quale il legislatore ha inteso dare un riconoscimento normativo.²³²

I patti aventi per oggetti l'esercizio del diritto di voto di cui all'art. 122, T.U.F , comprendono certamente i sindacati di voto in *sensu stretto*, ovvero i patti aventi per oggetto la regolamentazione delle modalità dell'esercizio di voto nelle assemblee, di modo che le parti assumono diritti e obblighi legati alla futura manifestazione del voto. Anche le convenzioni con le quali il socio attribuisce ad un altro socio o ad un terzo il diritto di voto, questo ultimo esercitando il diritto di voto secondo le istruzioni ricevute, dovrebbero essere comprese nella fattispecie.²³³ Inoltre, ci si deve chiedere se rientrino nei patti regolati, anche gli accordi per la presentazione di una *lista di candidati* per l'elezione alle cariche sociali, quando lo statuto o la legge preveda il sistema del voto di lista.

²³⁰ CARBONETTI, *I patti parasociali nelle società non quotate alla luce del Testo Unico della Finanza*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 910.

²³¹ CHIAPPETTA, *Idem*.

²³² Cfr. sezione terza di questo capitolo.

²³³ MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2004, p. 140. Contra: MEO, *Le Società con azioni quotate in borsa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, Giappichelli, 2002, p.82, secondo il quale l'informazione relativa alla titolarità del voto è regolata dall'art. 120, T.U.F così come "attuato" dall'art. 118 del regolamento emittenti, a mente del quale nel calcolo della partecipazione rilevante oggetto di comunicazione si computano, oltre alle azioni di cui un soggetto è titolare, anche quelle per le quali al soggetto non titolare è attribuito il diritto di voto.

Secondo una corrente dottrinarica, questo accordo non sarebbe destinato, come tale, a disciplinare direttamente “l’esercizio del diritto di voto” in assemblea, ciò che costituisce invece, ai sensi del T.U.F, il presupposto per l’applicazione della disciplina in sede di patti parasociali.²³⁴

Tuttavia, come evidenziato da Tucci, si tratta di un problema che deve essere risolto caso per caso, in rapporto alle singole fattispecie concrete.²³⁵

Ad esempio, sembra doversi escludere la ricorrenza di una convenzione parasociale nell’ipotesi di presentazione congiunta di una lista di candidati, non corredata da alcuna pattuizione circa l’esercizio del voto nell’assemblea. In tal caso, infatti, non è ravvisabile l’esistenza di un’obbligazione avente ad oggetto l’esercizio del voto o anche solo la preventiva consultazione, poiché i soci si limitano a coordinare la loro condotta al fine di raggiungere congiuntamente le soglie minime prescritte dallo statuto per l’esercizio di un diritto, e quindi, in conformità con lo statuto sociale.²³⁶

Un’ipotesi che si risolverebbe in modo diverso è quella di un accordo che preveda una forma di coordinamento del voto in assemblea, ad. es. stabilizzando il conferimento di una delega a uno dei soci o a un terzo per intervenire a votare a favore della lista dei candidati presentata dalla coalizione. L’esistenza di un patto parasociale sarebbe in tal caso difficilmente contestabile salvo a voler ritenere che la disciplina della pubblicità, durata e recesso dei patti parasociali si giustifichi esclusivamente per accordi dotati di una qualche stabilità.²³⁷

Il quinto comma dell’art. 122. T.U.F menziona anche i patti di preventiva consultazione, i sindacati di blocco ed i patti di prelazione, che sono proprio come i sindacati di voto, dei patti ben noti.

²³⁴ CHIAPPETTA, *op.cit.*, p. 998.

²³⁵ TUCCI, *op.cit.*, p. 54

²³⁶ LEMME, *Il voto di lista*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p.374, CAMPOBASSO, *Voto di lista e patti parasociali nelle società quotate*, in *Banca e Borsa*, 2002, I, p.128.

²³⁷ Cfr. TUCCI, *op.cit.*, p. 55. E in tal senso sembrerebbe orientata la Consob, siccome l’art. 134, co. 12, regolamento emittenti, che esonera dagli adempimenti pubblicitari di cui all’art. 122, T.U.F., i soggetti che congiuntamente promuovano una sollecitazione di deleghe di voto ai sensi degli artt. 136 ss., T.U.F.

I patti di preventiva consultazione fanno riferimento al caso ove i contraenti si impegnano a discutere prima della riunione assembleare gli argomenti posti all'ordine del giorno, senza tuttavia, assumere l'obbligazione di pervenire a una decisione comune, vincolante la condotta assembleare dei paciscenti.²³⁸

Per quanto riguarda i “classici” sindacati di blocco, c'è una discussione sul fatto che la nozione comprenda anche i patti che limitano la costituzione o il trasferimento di altri diritti reali (ad. es. pegno o usufrutto).²³⁹

I patti aventi per oggetto o per effetto l'esercizio di un'influenza dominante e le clausole che pongono limiti al trasferimento di strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione delle azioni, costituiscono una vera novità.

In quest'ultime, rientrano clausole come quella con la quale gli aderenti al patto si riservano il diritto di prelazione per l'acquisto di diritti di opzione delle altre parti o quella con cui essi convengano che, per la cessione degli stessi a terzi, occorre un gradimento preventivo.²⁴⁰

In giurisprudenza si è affermato che nella categoria in esame rientrano anche le convenzioni con cui si impegna a non aderire ad un'offerta pubblica (sia volontaria che obbligatoria) di acquisto, a condizione che si tratti di “patti che limitino effettivamente la libertà dell'aderente di compiere atti di vendita delle azioni e quindi il trasferimento delle azioni (o degli strumenti finanziari) da parte dell'aderente”. Invece, i patti coi quali più soggetti si impegnano, in presenza di offerte concorrenti, “a orientare la scelta verso l'una piuttosto che verso l'altra delle due offerte”, sarebbero estranei alla fattispecie.²⁴¹

L'ultima tipologia prevista dalla norma è quella dei patti aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulle società quotate

²³⁸ Cfr. IRTI, *op. cit.*, p. 75 ss.

²³⁹ PICCIAU, *Commento all'art. 122*, in *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della finanza. Commentario*, a cura di Marchetti – Bianchi, Milano, Giuffrè, 1999, vol. I, p. 863.

²⁴⁰ FURFARO, *Commento all'art. 122* in *Giur. It.*, 1998, p. 1541.

²⁴¹ Trib. Milano, 10 maggio 2000 (ord), in *Giur. it.*, 2001, p. 334 ss., nota di DESANA.

(o loro controllanti). Questa ultima fattispecie sembra avere una funzione di chiusura, essendo idonea ad includere qualunque patto che abbia l'effetto o l'oggetto di assoggettare una società all'influenza dominante di un altro soggetto, piuttosto che un contratto che regoli espressamente il c.d. rapporto di dominazione.²⁴²

Dunque, la norma sembra "ipotizzare un disegno contrattuale che, in qualsiasi modo, possa portare i soci sindacati ad acquistare un'influenza dominante sulla società oggetto del patto".²⁴³

4.1.1 Gli oneri di pubblicità legale dei patti parasociali.

L'art 122 del T.U.F prevede che i patti siano:

- comunicati alla Consob entro cinque giorni dalla stipulazione;
- pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana entro dieci giorni;
- depositati presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sede legale entro quindici giorni dalla stipulazione.

La vera novità introdotta dal T.U.F- per quanto riguarda le formalità relative alla pubblicità, è l'obbligo del deposito presso il registro delle imprese. Grazie a questa formalità, gli interessati possono conoscere in qualunque momento, il contenuto dei patti, anche nell'ipotesi in cui fosse loro sfuggita la notizia pubblicata sui quotidiani.

L'iscrizione nel registro delle imprese determina gli effetti previsti dall'art. 2193 c.c., con la conseguente efficacia dichiarativa positiva. La pubblicità nel registro delle imprese potrebbe così, contrariamente alla finalità della previsione, rivelarsi

²⁴² Cfr. SANTONI, *op.cit.*, pp. 200-206. Questo autore ha evidenziato l'ampiezza del controllo dettato dalla norma e le sue conseguenze in termine di pubblicità: "Poiché coinvolge l'ipotesi del c.d. controllo congiunto indiretto, determinando così obblighi di comunicazione, in relazione a situazioni molto diffuse tra le società quotate italiane. Si pensi all'ipotesi in cui la società A controlla direttamente B, e B controlla congiuntamente con C la società D: A e C esercitano congiuntamente un'influenza dominante su D. Se D è quotata, gli obblighi di comunicazione coinvolgono anche A, e non solo B e C. La dottrina (...) ha già segnalato le difficoltà di comprensione dei confini di gruppo che una così grande estensione del concetto può comportare. Il pericolo che l'eccesso di informazione e di trasparenza possa tramutarsi in disinformazione è talmente noto, da essere diventato un luogo comune",

²⁴³ KUSTERMANN, *op.cit.*, p. 911.

uno strumento di tutela dei soci aderenti al patto, anziché di tutela dell'investitore.

244

Per quanto attiene invece al contenuto delle formalità, la pubblicazione sulla stampa quotidiana può limitarsi all'estratto, mentre alla CONSOB, dovrà essere comunicato il testo integrale del patto.

Due sanzioni sono dettate dal T.U.F in caso d'inadempimento delle formalità pubblicitarie.

In primo luogo, nel terzo comma dell'art.122, il T.U.F. stabilisce la nullità del patto parasociale nel caso d'inosservanza degli obblighi sulla pubblicità del patto medesimo.

Il fatto che la nullità costituisca uno strumento più efficiente dell'inefficacia è sicuramente la *ratio* di questa scelta perché l'inefficacia non sembra costituire un incentivo abbastanza forte per pubblicare la convenzione sociale. Invece, la consapevolezza che la mancata obbligazione tempestiva renderà nullo il patto, non può non sollecitare tutti i contraenti al puntuale adempimento dell'obbligo.²⁴⁵

Quest'articolo sanziona pertanto un contratto, valido al momento della conclusione, però che è viziato successivamente per motivi d'inadempimento di obblighi pubblicitari.

In un provvedimento reso in qualità di giudice del registro, il Tribunale di Como ha invece ritenuto che la qualificazione della sanzione in termine di nullità, non è di ostacolo al riconoscimento della possibile sanatoria del vizio mediante adempimento tardivo.²⁴⁶

In secondo luogo, al quarto comma dell'art. 122, il T.U.F. prevede l'impugnabilità, ai sensi dell'art. 2377 del codice civile, delle deliberazioni assembleari assunte con il voto determinante degli azionisti che avrebbero dovuto astenersi per la loro adesione ad un patto di sindacato non pubblicizzato.

²⁴⁴ LAMBERTINI, *op.cit.*, p. 71.

²⁴⁵ COSTI, *op.cit.*, p.126.

²⁴⁶ Trib. di Como, 31 gennaio 2000, in *Società*, 2000, p.858 ss.

L'impugnazione può essere proposta anche dalla Consob entro sei mesi dalla data della deliberazione o dell'iscrizione nel registro delle imprese, se la delibera è soggetta ad iscrizione.

Quest'obbligo sembrerebbe determinare, sul piano sostanziale, la necessaria assegnazione al singolo azionista di un diritto soggettivo ad essere informato dell'esistenza e del contenuto dei patti elencati dalla norma, coerente con il generale principio di parità di trattamento di cui all'art. 92.²⁴⁷

Nonostante questa disposizione, pare importante notare che il singolo azionista incontrerà spesso delle difficoltà a fornire gli elementi dimostrando l'esistenza di un patto non pubblicizzato, che non lo riguarda.²⁴⁸

4.1.2 La durata dei patti e il diritto di recesso

L'art. 123 prevede che i patti parasociali possano essere stipulati a tempo determinato o indeterminato. Nella prima ipotesi, il patto non potrà avere una durata superiore ai tre anni. Qualora i contraenti prevedano un termine maggiore, il patto sarà anche reputato concluso per tale durata.

Questa durata massima imposta dalla norma si spiega con la volontà del legislatore d'impedire che la convenzione parasociale renda irreversibile per un tempo eccessivamente lungo l'assetto del potere societario.²⁴⁹

Qualora invece i patti siano stipulati a tempo indeterminato, la legge attribuisce a ciascun contraente il diritto di recedere con un preavviso di sei mesi. Un analogo diritto di recesso è concesso agli azionisti che vogliano aderire ad un'offerta pubblica di acquisto o di scambio promossa ai sensi degli artt. 106 o 107.²⁵⁰

L'art. 123, 1 comma, T.U.F stabilisce che i patti a tempo determinato possano essere rinnovati alla scadenza.

²⁴⁷ SANTONI, *op.cit.*, p. 213.

²⁴⁸ *Id.*, p. 214.

²⁴⁹ COSTI, *op.cit.*, p. 121.

In realtà, non pare che di questa possibilità si sarebbe potuto dubitare in assenza di tale disposizione. Il punto sul quale bisogna soffermare l'attenzione è quello della modalità del rinnovo. L'ipotesi contemplata dal T.U.F non integra una mera modificazione del rapporto, come succede, per esempio, nella proroga del rapporto di società: anzi, una modificazione siffatta è vietata dalla legge: questa impone la cessazione del rapporto alla scadenza del termine massimo consentito ed esclude, pertanto, tutti i meccanismi di rinnovo che sono propri delle tecniche di modificazione dei rapporti contrattuali.

Così non potrà ammettersi né il rinnovo totale tacito (es. si rinnova per tre anni se non ne chiede lo scioglimento una parte predeterminata dei soci), né il rinnovo parziale, ovvero per una parte dei soci (es. tutti coloro che non hanno dichiarato di voler recedere dal rapporto). Il rapporto si estingue e necessariamente per tutti gli aderenti al patto.²⁵¹

La legittimità in un patto di una clausola espressa di rinnovo tacito è però ammessa da chi ritiene che i principi generali dell'ordinamento rendano comunque possibile la rinnovazione della convenzione conclusa a tempo determinato.²⁵²

4.2 I patti parasociali nella riforma societaria

Il Decreto Legislativo del 17 gennaio 2003 n. 6 ha introdotto una nuova normativa in tema di patti parasociali, con due disposizioni, gli art. 2341-*bis* e 2341-*ter*, rispettivamente intitolati "Patti parasociali" e "Pubblicità dei patti parasociali".

Questi articoli, esclusivamente dettati in sede di società per azioni, disciplinano i patti in qualunque forma stipulati "al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società".

Le norme definiscono le tre convenzioni parasociali rilevanti, ossia "l'esercizio del diritto di voto", "i limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni", e "l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante".

²⁵⁰ TUCCI, *op.cit.*, p. 22 ss: questo autore ritiene valida l'applicazione estensiva o analogica della normativa relativa al diritto di recesso anche ai patti parasociali che non rientrano nell'elencazione prevista dall'art. 122, T.U.F.

²⁵¹ COSTI, *op.cit.*, p. 122.

²⁵² CHIAPPETTA, *op.cit.*, p. 998.

I patti “non possono avere durata superiore a cinque anni e s’intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore”.

Si prevede, altresì, che i patti siano “rinnovabili alla scadenza” e che, nel caso in cui non sia prevista una durata, “ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di sei mesi”. L’art. 2341-bis esclude poi, “i patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione e nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all’accordo”.

Per quanto riguarda la pubblicità dei patti parasociali, l’art. 2341-ter, prevede che “i patti devono essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea”. Se la dichiarazione viene a mancare, “i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e le deliberazioni assembleari adottate con il loro voto determinante sono impugnabili a norma dell’articolo 2377”.

Questo regime di pubblicità è applicabile, per espressa previsione di legge, alle “società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio”. La definizione di questo tipo di società si può rinvenire nel nuovo articolo 2325-bis del codice civile, secondo il quale, “(...) sono società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, le società emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati e diffusi tra il pubblico in misura rilevante”.

4.2.1 La forma dei patti parasociali

Secondo il tenore letterale della norma, la forma con cui le convenzioni parasociali vengono stipulate non dovrebbe avere alcuna importanza e non dovrebbe essere sottoposta a particolari vincoli. Sia i patti parasociali stipulati con atto pubblico che i patti con scrittura privata autenticata o meno, dovrebbero essere pertanto considerati validi. Potrebbe essere che il legislatore abbia ritenuto che posano essere validi anche i patti conclusi verbalmente o quelli definiti per fatti

concludenti, ad. esempio un concerto di soci per esercitare un'influenza dominante.²⁵³

La *prassi* dimostra, però, che le convenzioni parasociali sono sempre particolarmente articolate e prevedono modalità di adempimento assai laboriose. Sembra difficile pensare che questi patti possano essere conclusi al di fuori di pattuizioni espresse, specifiche e scritte.

4.2.2 La tipologia dei patti

Nell'art 2341-*bis*, sono regolati i patti parasociali che:

- “hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano”. Si tratta dei cosiddetti sindacati di voto che si traducono spesso, in realtà, in accordi che consentono la gestione della società stessa;
- b. “pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano”. Si tratta dei cosiddetti sindacati di blocco;
- “hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società”.

Sia i sindacati di voto che i sindacati di blocco hanno già fatto l'oggetto di commenti approfonditi in questa tesi.

Ci si è chiesto, però, se rientrano nelle convenzioni stabilite dalla legge anche gli accordi per la presentazione in una lista di candidati per elezioni alle cariche sociali, quando lo statuto o la legge preveda il voto di lista. Si è risposto negativamente a questo interrogativo, sul presupposto che l'accordo per presentare

²⁵³ MANFEROCE, *Commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter*, in, *Società per azioni. Costituzione, Patti parasociali, Conferenti (artt. 2325-2345 c.c.)*, Bertuzzi, Manferoce, Platania, Milano, Giuffrè, 2003 p. 148: “ Presumibilmente, il legislatore ha avvertito l'esigenza di ribadire ciò che altrimenti sarebbe stato comunque desumibile dal più generale principio di libertà delle forme per l'appartenenza dei patti parasociali all'area della atipicità ex. artt. 1322-1325 c.c. Si dovrebbe concludere, pertanto, che anche la prova di tali pattuizioni potrebbe essere data con ogni mezzo ed anche per presunzioni. Certo è,

una lista non è direttamente destinato a disciplinare “l’esercizio del diritto di voto in assemblea”, tanto che, dopo l’accordo, può verificarsi la mancata convergenza dei voti su quella lista.²⁵⁴

Certamente deve ritenersi che rientrino nella previsione legislativa sia i patti che vincolano l’esercizio del diritto di voto secondo modalità differenti da quelle previste dalla legge, sia i patti che trasferiscono la titolarità del diritto di voto a soggetti diversi da quelli cui la legge lo attribuisce.

L’art. 2341-*bis* fa anche riferimento all’ipotesi di esercizio di un’influenza dominante. Questa categoria di pattuizione parasociale è così ampia e generica da ricomprendere qualsiasi tipo di accordo, concluso tra chiunque, ove abbia quell’oggetto o quell’effetto l’esercizio, solitario o congiunto, di un’influenza dominante sulla società.

Possono pertanto rientrare in questa categoria:

- I patti sulla titolarità del voto ove essi siano estranei alla previsione dell’art. 2341-*bis*, lett. a);
- I patti relativi al trasferimento delle azioni (ad esempio, il conferimento di azioni in un’entità comune) che realizzi la possibilità dell’esercizio di un’influenza dominante ed alla quale si accompagni la modificazione così della titolarità del voto;
- Gli accordi di cui siano parte tutti i soci o la stessa società, da un lato, ed un terzo estraneo alla società, dall’altro, al quale sia consentito di esercitare su questa società un’influenza dominante, accordi cioè che abbiano l’effetto di rendere il terzo, arbitro di scelte fondamentali dell’impresa;
- Gli accordi che hanno per oggetto l’esercizio del dominio di una società, intervengono tra alcuni soci, tra un socio ed un terzo, ed anche esclusivamente tra terzi non soci, i quali si vincolano ad una

però, che difficilmente un pattuizione verbale o del tutto per “*facta concludentia*” si concilia con quei patti parasociali sottoposti a vincoli di pubblicità”.

²⁵⁴ CHIAPPETTA, *op.cit.*, p.998.

serie di azioni e di comportamenti da tenere nei confronti della società di cui si tratta o della sua controllante,²⁵⁵

- I patti di stabilità e quelli di rafforzamento di patti già stipulati, come per esempio quelli che vietano ai soci aderenti di stipulare altri patti parasociali o che limitano o vietano ai contraenti di acquistare aziende non vincolate dal patto.²⁵⁶

Viene escluso dall'ultimo comma dell'art. 2341-*bis*, “i patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione e nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo”. Questa disposizione si riferisce ai rapporti di *joint venture*, quando le stesse vengono realizzate in forma societaria.

4.2.3 La finalità dei patti parasociali

La precisazione circa la finalità dei patti²⁵⁷ non sembra restringerne l'ambito d'applicazione ai soli patti di controllo, poiché pur un patto di blocco tra gli azionisti di minoranza può essere considerato strumento per “stabilizzare gli assetti proprietari” della società, rendendo meno facile il trasferimento delle partecipazioni sindacate e, quindi, oggettivamente più stabile la struttura proprietaria.²⁵⁸

Nello stesso modo, il patto stipulato in vista di una singola assemblea e così caratterizzato da una “occasionalità”, non sarebbe senz'altro estraneo a questa fattispecie siccome potrebbe avere l'effetto di stabilizzare il governo della società.

²⁵⁵ MANFEROCE, *op.cit.*, pp.146-147.

²⁵⁶ SANTONI, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p.206.

²⁵⁷ L'art. 2341- bis stabilisce che “i patti (...) che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”. DOONATIVI, *Sub art. 2341 bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, Jovene, 2004, p.173 ss: nonostante l'ambiguità dell'espressione “al fine di”, è da ritenere che l'interpretazione delle fattispecie debba concentrarsi su elementi di carattere *obiettivi*, e non sui motivi soggettivi che hanno indotto le parti a stipulare il patto, onde valutare se il patto in questione è oggettivamente idoneo a produrre gli effetti indicati della legge.

Si pensi ad esempio ad una convenzione con la quale si designino gli amministratori da eleggere in assemblea.²⁵⁹

Non si dovrebbe neanche far confusione tra la *stabilizzazione* degli assetti proprietari o del governo della società e la stabilità del patto che la legge non richiede.²⁶⁰

Invece, l'ipotesi di un patto tra gli azionisti di minoranza avente a oggetto l'esercizio del diritto di voto in assemblea potrebbe essere dubbiosa. Il patto potrebbe, infatti, incidere sul governo dell'impresa e impedire l'adozione di deliberazioni importanti dell'assemblea in sede straordinaria. La normativa però non richiede un'incidenza qualsiasi del patto sul governo dell'impresa, ma esige che sia accertata la finalità di *stabilizzazione*, laddove il tipo di patti in esame avrà effetti "destabilizzanti", fino a condurre alla paralisi del funzionamento dell'assemblea.²⁶¹

I termini dell'art.2341-*bis* potrebbero anche escludere la rilevanza dei patti di mera consultazione e dei sindacati di voto deliberanti all'unanimità, a condizione che il mancato raggiungimento dell'accordo comporti la libertà di voto per ciascuno degli aderenti e non, ad esempio, l'obbligo di astensione. In entrambi i casi, si potrebbe osservare che fa difetto la finalità di stabilizzazione degli assetti proprietari o di governo della società.

Questo richiamo alla finalità del patto potrebbe spiegare la mancata menzione dei patti che prevedono l'acquisto di azioni. Si è notato, infatti, che i patti previsti dal codice civile sono esclusivamente quelli stipulati tra soci attuali, laddove la norma di cui all'art. 122, co.5, lett. c), T.U.F. è destinata a trovare applicazione

²⁵⁸ FIORIO, *sub art. 2341-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 143.

²⁵⁹ SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Milano, Giuffrè, 2003, p.345 ss.

²⁶⁰ DONATIVI, *op.cit.*, p. 169.

²⁶¹ TUCCI, *op.cit.*, p. 69. Secondo DONATIVI (*op.cit.*, pp. 170), invece, i patti di minoranza potrebbero rientrare nelle fattispecie di patti rilevanti ove siano "idonei a incidere, ancorché in via negativa o partecipativa, sul governo della società". Non vi rientrerebbero, invece, i patti finalizzati a consentire l'esercizio congiunto di "uno o più diritti delle minoranze".

prevalentemente nel caso di patti anche con soggetti terzi che non sono in una posizione di controllo.²⁶²

4.2.4 La durata e la rinnovabilità dei patti

I patti parasociali regolati dall'art. 2341-*bis* hanno durata non superiore a cinque anni e se il termine previsto è maggiore, la durata si intende comunque estesa nel suo massimo per cinque anni. Questo termine di durata sembra applicabile soltanto alla disciplina dei patti stipulati per il governo delle società per azioni. Occorre, infatti, fare una distinzione tra i diversi principi stabiliti dalla legge per le S.p.A (rilevanza centrale dell'azione e della circolazione delle partecipazioni sociali) e per le S.r.l (ampliare l'autonomia statutaria e valorizzare la centralità dei rapporti fra soci) che trovano applicazione proprio in tema di durata dei patti".²⁶³

Si può pertanto dedurre che la forma della S.r.l o della società di persone sarà la forma utilizzata quando il patto debba avere una durata superiore a cinque anni e non si fosse certi che le parti intendano rinnovarlo.

Non è sicuro se, al termine, il patto possa o meno essere rinnovato automaticamente nel caso in cui la pattuizione preveda una clausola di rinnovo tacito per mancata disdetta. L'impostazione maggioritaria ritiene che il rinnovo debba essere sempre preceduto dallo scioglimento del patto anche se certi autori pensano che l'autonomia delle parti potrebbe prevedere l'apposizione di una valida clausola di rinnovo tacito.²⁶⁴

Sarebbe, però, più logico ritenere che alla scadenza del termine pattuito, il contratto si scioglia automaticamente, se si tiene conto della *ratio* della disciplina relativa alla cogenza della sua lunga durata nonché la necessaria certezza e trasparenza che il patto deve garantire. Senza peraltro evocare le ulteriori problematiche che

²⁶² BLANDINI, *Società quotate e società diffuse. Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, ESI, 2005, 10, p.363.

²⁶³ LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p.279.

nascerebbero nel caso in cui il patto parasociale dovesse essere soggetto a pubblicità.²⁶⁵

La possibilità di recedere dal patto qualora quest'ultimo non preveda un termine di durata, costituisce un rimedio "inferiore" alla nullità della convenzione. La Corte di Cassazione, nella sua sentenza n. 9975 del 1995, aveva già ritenuto di applicare il "principio generale di risolubilità *ad nutum*", ai patti parasociali, individuando nel recesso unilaterale una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, rispondente alle esigenze, appunto, di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio".²⁶⁶

4.2.5 La pubblicità dei patti parasociali-l'art. 2341-ter del codice civile

Bisogna ribadire, anzitutto, che l'esigenza di una disciplina pubblicitaria prevista dal l'art. 2341-ter del codice civile si pone soltanto laddove i patti presentino quella finalità stabilizzatrice. Così, non ha rilevanza la pubblicità dei patti che non sono in grado di stabilizzare né gli assetti proprietari né il governo della società. Non si scorge, infatti, la necessità, su un piano della ragionevolezza della disciplina, di informare soci e terzi di pattuizioni parasociali che non presentano alcuna potenzialità stabilizzatrice e che, di conseguenza, presentano un interesse scarso per i soggetti estranei alla compagine parasociale.

La disciplina codicistica si applica soltanto alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Il legislatore ha espressamente previsto la non-applicabilità della suddetta disciplina ai patti parasociali relativi a società quotate e alle loro controllanti nel D. Lgs. 37/2004, che ha novellato l'art. 122 T.U.F., introducendo un comma 5-bis che dispone che "ai patti di cui al presente articolo non si applicano gli artt. 2341-bis e 2341-ter del codice civile".²⁶⁷

²⁶⁴ CHIAPPETTA, *op.cit.*, p. 998.

²⁶⁵ MANFEROCE, *op.cit.*, p.150.

²⁶⁶ LOMBARDI, *op.cit.*, p.281.

²⁶⁷ SEMINO, *Il regime di pubblicità dei patti parasociali relativi a società quotate alla luce del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 in Le Società*, 2003, p.1462: In realtà, si è sottolineato che la sovrapposizione tra le due normative- l'art. 2341-ter e l'art. 122 T.U.F "fornisce agli operatori una maggior informazione e va quindi preferita sul piano interpretativo. Questa maggiore informazione in determinati casi non

Al contrario della corrispondente norma del T.U.F, l'art. 2341-ter non impone un termine perentorio per procedere agli obblighi pubblicitari. Per questo motivo, la stipulazione di una convenzione parasociale in una società ove le azioni sono diffuse fra il pubblico in misura rilevante, non è di per sé fonte di alcun obbligo per i sottoscrittori del patto, almeno fino alla data della prima assemblea. Da questo momento, gli aderenti sono tenuti a un obbligo continuativo in apertura di ogni assemblea, fino allo scioglimento del vincolo.²⁶⁸

Il problema di una modesta tutela dei soci estranei al patto e del pubblico in termini di informazione sui patti parasociali sembra tuttavia in parte attenuato dalla previsione, a livello di disciplina regolamentare, di un obbligo a carico degli emittenti di azioni diffuse, specificamente di informare il pubblico della “comunicazione di cui all'articolo 2341-ter del codice civile, indicando ogni elemento necessario per una compiuta valutazione del patto”.²⁶⁹

Pare preferibile ritenere che la “comunicazione” alla società debba invece avere a oggetto l'intero regolamento contrattuale, alla stregua della medesima disciplina contenuta nel T.UF.²⁷⁰

L'omessa dichiarazione comporta la sospensione del diritto di voto dei “possessori delle azioni cui si riferisce il patto”, formula diversa rispetto a quella che si legge nell'art. 122, co. 4, T.U.F., che si riferisce al “voto inerente alle azioni” per le quali non sono stati adempiuti gli obblighi di pubblicità.

risulta poi solo opportuna ma addirittura necessaria. Si pensi all'ipotesi di accordi di voto stipulati durante una notte di febbrili trattative poche ore prima dell'assemblea o comunque in un momento così ravvicinato rispetto a quest'ultima da non permettere i tempi tecnici necessari per la *disclosure* dei patti parasociali richiesti dal T.U.F. Pare ragionevole in questo caso non inibire il diritto di voto ai soci contraenti il patto – pur non ancora pubblicizzato - e lasciare affidata una prima minimale informazione del mercato proprio alla dichiarazione di presenza degli accordi parasociali in apertura di assemblea, secondo quanto disposto dal novellato di cui all'articolo 2341-ter c.c. e resta poi fermo, nei giorni successivi all'assemblea, l'adempimento agli altri obblighi pubblicitari relativi ai patti parasociali previsti dal T.U.F”.

²⁶⁸BLANDINI, *op.cit.*, p. 365; DONATIVI, *op.cit.*, p. 204 ss: La norma parrebbe imporre, pertanto, il deposito presso il registro delle imprese di *tutti* i verbali relativi a deliberazioni assunte con l'intervento di soggetti aderenti a patti parasociali. Questo parere potrebbe essere eccessivo, soprattutto nel caso in cui non vi siano state modifiche del patto tra un assemblea e l'altra,

²⁶⁹TUCCI, *op.cit.*, p. 183. Art. 109-bis, regolamento emittenti, come integrato dalla deliberazione Consob n. 14990 del 14 aprile 2005, applicabili “anche ai patti già dichiarati ai sensi dell'articolo 2341-ter del codice civile al momento dell'entrata in vigore della presente disposizione”. Le modalità di comunicazione sono quelle previste dal precedente art. 109, che rinvia alle disposizioni in tema di informazioni su fatti rilevanti (art. 66, comma 1, lettera b), 2,4,5 e 6, lettera b).

²⁷⁰BLANDINI, *op.cit.*, p. 367.

Il codice civile prevede poi, l'annullabilità della deliberazione assembleare adottata con il voto determinante dei soggetti che si sarebbero dovuti astenere. Non è invece contemplato la nullità della convenzione "occulta", come nella corrispondente norma del T.U.F.

Per quanto attiene al rapporto tra gli artt. 122 e 123 del T.U.F. e gli artt. 2341-*bis* e *ter* del codice civile, il legislatore della riforma, utilizzando un comune approccio minimalista, ha sostanzialmente seguito la tecnica normativa adottata nel T.U.F., elencando alcune fattispecie rilevanti alle quali si applica la relativa disciplina per quanto attiene la durata massima, il diritto di recesso e la pubblicità.²⁷¹

Da un confronto tra le fattispecie elencate dal Testo Unico e del codice civile, sembra possibile sostenere che la fattispecie di cui alla lett. a) dell'art. 2341-*bis* (i patti che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano) è idonea a ricomprendere sia i sindacati di voto che i patti di consultazione, che formano oggetto di separata considerazione nell'art. 122, T.U.F.

Delle fattispecie previste nel Testo Unico, dunque, l'art. 2341-*bis* non considera esclusivamente le convenzioni "che prevedono l'acquisto" di azioni o strumenti finanziari (art.122, comma 5, lett. c), T.U.F.), sempre che non si voglia ritenere tale tipologia di patti "assorbita" de quella prevista dall'art. 2341-*bis*, lett. b); nel caso vi sarebbe un coincidenza tra le fattispecie dettate dal codice civile e dal Testo Unico.²⁷²

Quanto alle disposizioni in tema di durata e di diritto di recesso, contenute nell'art. 123, T.U.F., e 2341-*bis* codice civile, esse sanciscono implicitamente la liceità di convenzioni a tempo indeterminato, anche per le società non quotate.²⁷³

²⁷¹ LENER, *Appunti sui patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 5.

²⁷² SANTONI, *op.cit.*, p. 89; DONATIVI, *op.cit.*, pp. 164-165.

²⁷³ BLANDINI, *op.cit.*, pp.380-381. Questo autore tuttavia ritiene che "la possibilità di stipulare i patti parasociali a tempo indeterminato sia rimasta un'esclusiva delle sole società con azioni quotate". La tesi si fonda sul rilievo che l'art. 2341-*bis*, cod. civ., non menziona espressamente la possibilità di stipulare patti a tempo indeterminato, come invece l'art. 123, comma 3, T.U.F. TUCCI, *op.cit.*, p. 67 sottolinea giustamente che l'argomento *dell'ubii tacuit noluit* appare fragile sia in termini di interpretazione letterale della disposizione legislativa, sia in considerazione degli interessi protetti. Per

5. Osservazioni sul riconoscimento normativo dei patti parasociali

La disciplina di alcuni significativi aspetti dei patti parasociali nelle società quotate, ha condotto una serie di autori ad affermare l'esistenza di una specifica volontà legislativa di considerare validi le convenzioni parasociali intesi quali tipica forma di espressione dell'autonomia privata.²⁷⁴

Si deve sottolineare che nel passato, numerose disposizioni normative avevano già accennato alle convenzioni parasociali, per imporre obblighi di comunicazione oppure per assumerli quali presupposto per l'applicazione di una particolare disciplina.²⁷⁵

Quanto alla dottrina, si era divisa tra quanti ritenevano di poterne desumere una implicita, ma inequivoca sanzione di validità, in linea di massimo, e quanti, per contro, che sottolineavano la natura settoriale delle disposizioni normative, e soprattutto il fatto che il legislatore si sarebbe accontentato di una semplice ricognizione di una situazione di fatto.²⁷⁶

quanto riguarda il primo profilo, sembra forzato non ritenere che l'espressione "qualora un patto non preveda un termine di durata (art. 2341-bis, comma 3) sia una perifrasi per alludere a un patto a tempo indeterminato. Dal punto di vista sostanziale, non si capisce per quale motivo debba essere precluso all'autonomia privata stipulare un patto a tempo indeterminato in una società non quotata, là dove l'ordinamento esplicitamente lo consente in una società quotata.

²⁷⁴ TORINO, *Note in tema di efficacia dei patti parasociali di blocco e di contendibilità del controllo societario nell'ordinamento giuridico italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.* 1999, p. 717 ss. L'autore afferma che il "Testo unico dell'intermediazione finanziaria, prendendo spunto dalla normativa precedente (si riferisce all'art. 10 della legge 149/92), assume la validità in linea di principio delle pattuizioni di blocco in via generale, così come di ogni altro patto parasociale da esso contemplato"; CARBONETTI, *op.cit.*, p. 909 ss., secondo il quale l'importante conseguenza sistematica dalla nuova disciplina è quella di considerare leciti, validi e efficaci le convenzioni parasociali, concludendo dall'art. 122 che tali convenzioni "vengono considerati in linea di principio, corrispondenti ad un interesse meritevole di tutela", e "non avrebbe evidentemente senso far discendere dall'inosservanza di disposizioni quali quelle relative alla pubblicità, la nullità dei patti ovvero da vicende specifiche, quali l'opa, la recedibilità ad nutum dei patti stessi, se i patti in questione non fossero riconosciuti dal legislatore validi e vincolanti tra le parti"; CHIAPPETTA, *op.cit.*, p. 988 ss: "con il Testo Unico (...) si è giunti al definitivo ed esplicito riconoscimento della legittimità e della meritevolezza di tutela giuridica dei patti parasociali".

²⁷⁵ RIOLFO, *Dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, recenti spunti per una riflessione critica sulla questione della validità dei patti di sindacato*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 73 ss.

Il nuovo quadro normativo, nella misura in cui le disposizioni inserite operino dei collegamenti tra patti parasociali e degli effetti per il socio e la società, condurrebbe ad una sorta di riconoscimento normativo quanto meno della compatibilità dei patti con l'ordinamento societario.²⁷⁷

In particolare, Oppo, menzionando l'art. 123 T.U.F., che “considera e regola il patto (...) non come *fatto* ma come *contratto* e regola il rapporto pattizio tra le parti”, vi scorge quale unico e possibile presupposto logico il riconoscimento della validità del patto, “cioè della compatibilità, di massima, con le regole dell'organizzazione societaria, affermando pertanto che il decreto risolve “in senso affermativo il problema della validità (in linea di principio) dei sindacati di voto e in genere dei patti parasociali considerati nell'art. 122”.²⁷⁸

In tal senso, Oppo conclude per la “validità di massima dei patti che hanno ad oggetto l'esercizio del diritto di voto”, nonché per la validità, “almeno in linea di principio”, dei patti di consultazione, dei patti relativi al trasferimento o all'acquisto delle azioni o di strumenti finanziari che le riguardano, e di tutti i patti avendo per oggetto o per effetto l'esercizio di una influenza dominante sulle società e sulle controllanti.²⁷⁹

Anche la giurisprudenza si è mossa nell'affermare la validità dei patti parasociali, particolarmente dei sindacati di voto, sul presupposto che questi ultimi operino su un campo esterno a quello dell'organizzazione sociale. La Corte di Cassazione, facendo una distinzione tra il sociale e il parasociale, decide che il patto non possa incidere, “proprio per la sua efficacia meramente interna al rapporto obbligatorio”, sui poteri dell'organo assembleare e non possa metterne in discussione il suo funzionamento.²⁸⁰

²⁷⁶ COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 25 ss; Per l'impostazione più moderata, cfr. GALGANO, *Il paradosso dei sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 65 ss.

²⁷⁷ SBISA, *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 69 ss. Secondo l'autore non si può più ritenere che il patto parasociale sia solo assunto come mero presupposto di fatto nel momento in cui la legge collega rilevanti effetti giuridici ad esso.

²⁷⁸ OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 215 ss.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Giur. comm.*, 2002, II, 666 ss., nota di COSTI.

Se dunque, “la linea di tendenza privilegiata è quella di ritenere che le convenzioni parasociali siano pienamente legittime”, ciò non implica che esse non debbano essere considerate invalide quando il vincolo da esse stabilito è contrario ad inderogabili disposizioni societarie.²⁸¹

Così come deve tenersi conto che questi patti siano comunque soggetti alla disciplina generale sulla validità dei contratti e dunque, essendo dei contratti atipici, al duplice giudizio di meritevolezza previsto dall’art. 1322, II, codice civile, sia in ordine all’accertamento della non illiceità degli interessi perseguiti, sia in ordine all’accertamento della meritevolezza per l’ordinamento di detti interessi.²⁸²

In conclusione, se il legislatore ha affermato in via di principio la validità dei patti parasociali i più ricorrenti nella prassi, questa affermazione, priva di portata pratica, lascia immutato la necessità di procedere ad un’analisi in concreto della validità del patto. Il legislatore non ha, infatti, inteso riconoscere la liceità di qualsiasi patto parasociale.

Il “problema” della validità dei patti parasociali deve continuare ad essere affrontato alla luce delle pattuizioni contenute nelle singole convenzioni e sulla base di certi criteri direttivi di fondo.

Per quanto riguarda il collegamento tra il sociale e il parasociale, Oppo peraltro, richiama l’attenzione sulla necessità di tener conto del legame esistente tra sociale e parasociale, ribadendo che la validità della convenzione parasociale è comunque condizionata alle esigenze causali del tipo sociale ed al necessario rispetto dei limiti generali dell’autonomia privata e delle esigenze di meritevolezza.²⁸³

²⁸¹PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 5 ss.

²⁸²TUCCI, *op.cit.*, p. 79 ss.

²⁸³OPPO, *op. cit.*, p. 222. ; COSTI, *I patti parasociali ed il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 200 ss., secondo il quale le disposizioni del T.U.F “consentono di affermare che il legislatore considera in linea di principio meritevoli di tutela le convenzioni che abbiano quel contenuto, fermo restando, anche per esse, la necessità di vagliarne la compatibilità con le norme inderogabili fissate dall’ordinamento” Lo stesso autore, afferma peraltro, che “quelle norme riducono quasi del tutto l’ambito del giudizio di meritevolezza consentito dall’art. 1322 c.c.”.

La Corte di Cassazione considera, invece, che ci sia una distinzione tra il sociale e il parasociale: “il vincolo che discende da tali patti opera, pertanto, su di un terreno esterno a quello dell’organizzazione sociale”. Questa netta distinzione è stata, tuttavia, attenuata dalla disciplina del T.U.F: si fa riferimento all’art. 122 che impone, a pena di nullità, che le convenzioni di voto siano depositate presso il registro delle imprese, cui è sottesa la *ratio* di rendere edotto il mercato degli accordi e i reali assetti di potere che governano le società considerate.

Tuttavia, le previsioni normative introdotte dalla riforma non hanno risolto “chiaramente” le incertezze relative al rapporto fra i patti parasociali, il diritto della società ed il diritto dei contratti, mantenendo l’incerta distinzione.²⁸⁴

Dopo l’introduzione della disciplina sui patti parasociali nel codice civile, sarebbe possibile sostenere che la distinzione tra il sociale e il parasociale sia attenuata.

Infatti il riconoscimento del parasociale, sembra avere spostato questo ultimo all’interno di una disciplina che favorisce un uso trasparente. Ci sarebbe stato un passaggio da un sistema in cui le convenzioni parasociali erano interpretati come aventi finalità proprie opposte a quelle della società di capitali, in quanto costituenti una struttura, forse illegittima, ma in ogni caso, parallela a quella (legittima) delle società, ad un sistema in cui i patti parasociali vengono attratti nell’ambito di disciplina del sociale, attenuando pertanto, la frontiera tra il sociale e il parasociale.²⁸⁵

In realtà, sia nel Testo Unico che nel codice civile, le sfere del sociale e del parasociale si presentano strettamente connesse. Così, le sanzioni previste dal Testo Unico in caso di mancato rispetto degli obblighi di legge incidono sul diritto di voto dei paciscenti in assemblea e eventualmente sulla stessa delibera potenzialmente viziata e impugnabile. Quanto al codice civile, l’incontro tra i due piani si realizza nel momento in cui non si adempie all’onere di dichiarazione

²⁸⁴GRIECO, *Patti parasociali e riforma societaria*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 525, secondo il quale “sebbene i patti parasociali facciano ufficialmente il loro ingresso nel codice civile, non sono ancora forniti chiaramente sufficienti in ordine ai rapporti tra i patti parasociali e il diritto delle società e dei contratti”.

²⁸⁵RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Le Società*, 2003, p. 19 ss; LOMBARDI, *op.cit.*, p. 267 ss.; MAZZAMUTO, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 1098.

dell'esistenza dell'accordo, che risulterà nella sospensione del voto per i parasoci in caso di mancato adempimento.

Sezione seconda: il quadro comparatistico

1. L'esperienza francese

L'assenza di riferimento legislativo relativo ai patti parasociali in Italia ha anche segnato l'ordinamento francese, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza il ruolo di sviluppare la materia.

Quando si tratti della figura dei *pactes d'actionnaires* in Francia, occorre agganciare il mutamento della sua concezione, con l'evoluzione legislativa in sede di diritto societario. L'idea della società in quanto contratto, prevalente nel XIX secolo e agli inizi del XX secolo, permetteva di lasciare ai soci un ampio margine di libertà sia nell'organizzazione delle relazioni tra loro che nel funzionamento stesso della società.

Ne conseguiva l'affermarsi di un diffuso favore nei confronti di tali patti e soprattutto verso le convenzioni destinate a disciplinare il diritto di voto.

Perciò le convenzioni di voto erano considerate valide in linea di massima, a meno che non avessero l'effetto di spogliare integralmente il socio delle possibilità di esercitare il suo diritto di voto²⁸⁶

Nel secolo XX secolo, l'approccio istituzionale del diritto societario, caratterizzato da un'importanza maggiore data all'interesse sociale ed ai terzi rispetto a quello dei soci, si è sviluppato. Pertanto, i *pactes d'actionnaires* sono stati considerati con una certa diffidenza. Ad esempio, l'art. 4, al.2 del d.l. 31 août 1937, stabiliva la nullità di ogni clausola che limitasse il diritto di voto in assemblea, vietando così le convenzioni di voto.²⁸⁷

²⁸⁶ Trib.comm. Seine, 9 décembre 1920, in *Journ. Sociétés*, 1924, p.515.

²⁸⁷ "Sont nulles et de nul effet dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales". FREYRIA, *Etude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés*, in *Rev. tr. dr. comm.*, 1951, p.419ss: questo autore nota che malgrado questa proibizione, la giurisprudenza ha continuato a pronunciare delle sentenze che

Tuttavia, né il codice civile francese, né la legge n. 66-537 del 24 luglio 1966, che ha abrogato la legge del 1937, con cui il legislatore francese, restringendo al massimo la libertà contrattuale dei soci, ha stabilito una normativa dettagliata delle società commerciali, prevedono una disciplina dei *pactes d'actionnaires*.

Tale panorama normativo, ha determinato per converso una rapida evoluzione ed affermazione nella pratica dei *pactes d'actionnaires*, onde adeguarsi ai cambiamenti economici e sociali, tale evoluzione essendo in grado di costituire un mezzo efficace per organizzare i rapporti tra i soci di una società, e realizzare così una più grande flessibilità nell'organizzazione e nel funzionamento della società.²⁸⁸

Rispetto ad il carattere eccessivamente regolamentato del diritto societario francese, il ricorso da parte degli attori della pratica degli affari di strumenti contrattuali diretti a completare ad arricchire la regolamentazione legale, è stato accolto con favore dalla dottrina.²⁸⁹

La dottrina francese, infatti, vede nella presenza sempre più importante di accordi extrastatutari stipulato dai soci, ossia degli strumenti ideali di flessibilità contrattuale svincolati dalle regole imperative che reggono i rapporti nella società, il punto massimo di manifestazione di un fenomeno di “rinascimento contrattuale” che sta caratterizzando il diritto delle società da una ventina d'anni, quale reazione alla moltiplicazione delle disposizioni di ordine pubblico.²⁹⁰

riconoscevano la validità di tali convenzioni laddove rilevasse che non vi era nel caso specifico eliminazione totale delle possibilità di esercitare il voto.

²⁸⁸ BISSARA, *L'inadaptation du droit français aux besoins des entreprises*, in *Rev.Soc.*, 1990, p.553 ss.; GODON, *Les obligations des associés*, Paris, Economica, 1999, p. 11: secondo questo ultimo, “le caractère excessivement règlementaire du droit des sociétés a conduit les milieux d'affaires à utiliser à plein la liberté contractuelle pour compléter le régime légal et même, dans certains cas, l'infléchier (...) Le développement des diverses techniques contractuelles répond justement à la volonté de des praticiens de sortir du cadre légal, rigide et uniforme, pour parvenir à davantage de souplesse et de liberté dans le fonctionnement des sociétés, que ce soit en vue de préserver l'intérêt social ou d'améliorer la définition des relations internes des associés”.

²⁸⁹ VELARDOCCHIO-FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, *Presse universitaire d'Aix-Marseille*, 1993, p.59.

²⁹⁰ DAIGRE, SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, *GLN Joly*, 1995, p.3 ss. Secondo questi autori, il diritto francese delle società, ed in particolare delle *sociétés anonymes*, sia troppo rigido per essere considerato in quanto strumento di adattamento, e per questo, ne ha risultato uno sviluppo massiccio del fenomeno dei *pactes d'actionnaires*. PRIEUR, *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mélanges A.Sayag*, Paris, Litec, p.371 ss. Questo autore nota che “le recours accru aux pactes d'actionnaires concourt au phénomène de contractualisation du droit des sociétés (...) qui s'exprime

Una rapida valutazione delle chiavi di lettura della dottrina francese rivela che gli autori abbiano centrato la loro attenzione, da una parte, sul piano descrittivo, nello scopo di presentare una compiuta classificazione dei diversi tipi di patto, dall'altra parte, si sono sforzati di distinguere i differenti piani del sociale e del parasociale, al fine di individuare i profili ed i limiti della validità delle convenzioni parasociali.

Così, la definizione delle suddette convenzioni che sia ritenuta dalla dottrina maggioritaria e della pratica francese è quella di accordi, fuori dallo statuto, stipulati tra due o più soci al fine di organizzare il controllo della gestione della società e della composizione del suo capitale²⁹¹, distinguendo ora tra clausole di gestione, di azionariato, di fuoriuscita²⁹², ora tra clausole relative alla gestione della società e clausole relative alla titolarità delle azioni²⁹³, ora tra convenzioni relative al potere e convenzioni relative al capitale²⁹⁴, ed infine distinguendo i patti secondo la loro natura (patti avendo ad oggetto una obbligazione di dare o di fare/non fare) e la loro forma (forma contrattuale semplice o complessa).²⁹⁵

Altri autori distinguono i fenomeni degli *aménagements statutaires* o *obligations statutaires* tra soci, ossia le clausole non previste come obbligatorie dal diritto delle società ma inserite nello statuto, e delle *conventions extra-statutaires* tra soci, riservando a queste ultime la denominazione di *pactes d'actionnaires* ma allo stesso tempo, riconoscendo che tali accordi, quanto al loro contenuto, possano

tant par la multiplication des conventions destinées à adapter les règles de fonctionnement du groupement ou à aménager la condition d'associé, que par la volonté de favoriser la nature contractuelle de la société; COURET, JACOMET, *Les pièges des pactes d'actionnaires: questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente*, in *RJDA*, 2008, p.951 ss., I quali ritengono che I patti potrebbero essere la sovversione del diritto societario dal diritto dei contratti.

²⁹¹ LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2003, p.23 ss., che definisce il pacte d'actionnaires come “des accords externes qui modifient souvent le jeu des règles légales ou des clauses statutaires, soit pour prendre le pouvoir, soit pour le conserver, soit pour organiser une collaboration, soit pour sortir d'une société”.

²⁹² MESTRE, VELARDOCCHIO, in *Lamy Sociétés commerciales*, 2006, n°3214

²⁹³ MERCADAL, JANIN, *Mémento Lefebvre sociétés commerciales*, 1995, n°18654 ss.

²⁹⁴ DAIGRE, SENTILLES-DUPONT, *op.cit.*, p.6.

²⁹⁵ PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Paris, Litec, 1992, p.81 ss.

trovare indifferentemente il loro posto all'interno dello statuto o in convenzioni parallele ad esso.²⁹⁶

Così, tutte le disposizioni vincolanti contenute nel patto sociale debbano essere considerate in quanto impegni di soci, mentre le convenzioni extrastatutarie siano stipulate tra i soci per il loro conto, e non in quanto membri dell'organismo societario.

Ne consegue che gli accordi extrastatutari vincolando i soci non creano degli obbligazioni tra i soci *strictu sensu*, bensì degli impegni autonomi in qualità di venditore per esempio.²⁹⁷

Tale dottrina, anziché procedere ad un esame separato delle due categorie individuate, si propone di esaminare i vari patti, sia “statutari” che “extrastatutari”, in base alla loro tipologia operando una distinzione tra le convenzioni vertendo sulla situazione dei soci, quelle che centrano sulla situazione dei dirigenti e quelle avendo ad oggetto la situazione della società, tra cui figurano “*la clause de garantie, la clause d'agrément*²⁹⁸ et celle de préemption”, e patti sui diritti e obbligazioni dei soci soggetti alla condizione generale di conformità all'interesse sociale sotto pena di nullità per mancanza di causa di cui all'art. 1131 del codice civile, e patti sulla perdita della qualità di socio.²⁹⁹

Peraltro, si riconosce che se il contenuto obbligatorio dello statuto non può essere previsto da accordi extrastatutari, la giurisprudenza va oltre questa proibizione. Tendendo ad ampliare l'ambito riservato agli statuti, essa estende le ipotesi non

²⁹⁶ DAIGRE, SENTILLES-DUPONT, *op.cit.*, p.9., per i quali “ce qui fait l'originalité de ces accords, c'est moins leur forme, l'acte global structuré dans lequel ils s'insèrent, que leur contenu et leur finalité: ils sont destinés à infléchir ou à compléter les clauses habituelles des statuts. Aussi, trouvent-ils parfois autant leur place dans les statuts que dans des conventions parallèles, le choix des uns ou des autres étant principalement déterminé par leur périmètre d'application, à savoir tous les associés ou certains d'entre eux seulement. Aussi ne peut-on séparer de manière absolue l'étude des conventions extrastatutaires de celle de certains aménagements statutaires, car le droit des sociétés offre des instruments qui ne peuvent être introduits que dans le statut”.

²⁹⁷ GODON, *op.cit.*, p. 11

²⁹⁸ La cui validità è messa in dubbio dall'art. L. 228-23 *Code de commerce*, che proibisce le clausole di gradimento tra soci di una *société anonyme*, con l'unica eccezione in caso di alienazione a terzi.

stabilite dalla legge ed impone una localizzazione statutaria delle clausole ritenute troppo importanti per il funzionamento della società per essere inserite in un documento ad essa esterno.³⁰⁰

Dunque, solo nei limiti non coperti dal contenuto obbligatorio dettato dalla legge o dalla giurisprudenza, si ritiene che le parti possano vincolarsi con ulteriori clausole, situate sia nello statuto che in un documento separato.³⁰¹

Secondo tale impostazione dunque, dovrebbe essere ritenuto che ogni clausola inserita nello statuto, a prescindere dal contenuto, assuma carattere sociale, con la conseguente sottoposizione alla disciplina societaria.

Nell'ipotesi di patto parasociale invece, le convenzioni tra soci debbano essere considerati come aventi natura puramente contrattuale, essendo per la società “*res inter alios acta*”, ma comunque soggette agli stessi limiti ed agli stessi divieti dalle clausole statutarie, nella misura in cui manifestano comunque la propria incidenza sull'organizzazione e sul funzionamento della società e sui diritti dei soci.³⁰²

L'unico vantaggio pratico che si potrebbe dedurre della conclusione di una clausola extrastatutoria sarebbe quello dalla confidenzialità³⁰³, mentre l'unico effetto giuridico rilevante sarebbe quello dell'efficacia relativa degli accordi stipulati.

Un altro orientamento della dottrina ha contrapposto che gli accordi extrastatutari tra soci, non si distinguono dagli accordi statutari perché siano collocati al di fuori dello statuto, ma perché tutelano e sono relativi principalmente agli interessi particolari dei singoli soci. In tale senso, i *pactes d'actionnaires* permettono un migliore adattamento agli interessi dei soci e alle modifiche della vita delle società,

²⁹⁹ GUYON, *Les sociétés-Amenagements statutaires et conventions entre associés*, Paris, LGDJ, 2002, p.167.

³⁰⁰ Cass. Comm., 8 février 1982, in *Bull. Joly*, 1982, p.970 che ha ritenuto come non scritta, una clausola di esclusione contenuta in una convenzione distinta dal contratto di società. Sui limiti contenutistici dei patti extrastatutari, si riferisca DONDERO, *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires, questions et confrontations*, in *Bull. Joly*, 2008, p.245.

³⁰¹ CHAPUT, *La liberté et les statuts*, in *Rev. Soc.*, 1989, p.361.

³⁰² DAIGRE, SENTILLES-DUPONT, *op.cit.*, p. 8.

³⁰³ Con l'eccezione stabilita dalla disciplina delle società quotate, in quanto la *loi 24 juillet 1966*, prevede che tutte le convenzioni stipulate tra soci di una società quotata su un mercato regolamentato comportanti delle condizioni preferenziali di cessione o acquisizione di azioni siano trasmesse all'AMF.

potendo essere conclusi soltanto tra alcuni di essi, per una durata diversa da quella della società e permettendo una differenziazione dei diritti stessi dei soci.³⁰⁴

Queste incertezze nell'inquadrare della figura dei *pactes d'actionnaires* aggiunta alla varietà delle qualificazioni proposte, lascia sussistere il problema dell'individuazione della linea di confine tra il diritto dei contratti ed il diritto societario.

Infatti, la dottrina francese ha incontrato lo stesso problema della dottrina italiana per qualificare con precisione la suddetta figura, considerando soprattutto l'estrema varietà di contenuto, nonché la portata meramente descrittiva delle classificazioni offerte, le quali “s'avèrent bien vite insusceptibles de traduire la diversité et l'enchevêtrement des problèmes”.³⁰⁵

1.1 La posizione della dottrina e della giurisprudenza prima del 1985

Le ricostruzioni sistematiche compiute dalla dottrina francese, danno la possibilità di verificare che, alla stregua degli autori italiani, la questione centrale affrontata è quella dei rapporti tra il patto ed il contratto sociale da una parte, e degli effetti che il primo è idoneo a produrre sul secondo dall'altra.

Anche in Francia, la dottrina ricollega il fondamento della validità dei *pactes d'actionnaires* nel principio della libertà contrattuale, previsto dal codice civile all'art.1134 ed anche applicabile in materia societaria.³⁰⁶

Una prima impostazione riconosce che la validità “des accords extra-statutaires entre associés devrait s'apprécier au regard de la seule théorie générale de obligations et en faisant abstraction de toutes les contraintes spécifiques du droit des sociétés car le droit des sociétés ne régit que les relations la société avec les

³⁰⁴ VELARDOCCHIO, *op.cit.*, p.287.

³⁰⁵ PARLEANI, *Les pactes d'actionnaires*, in *Rev. Soc.*, 1991, p.3.

associés, mais les associés sont entre eux des tiers, qui peuvent organiser leurs relations particulières en concluant des conventions soumises au droit commun des obligations, sous la seule réserve que ces accords particuliers perturbent pas la vise sociale (...) si un associé a imprudemment conclu une convention déséquilibrée, tant pis pour lui. Le droit des sociétés ne doit pas lui fournir l'échappatoire que lui refuse le droit des commun”.

Una altra tesi mette in rilievo le possibilità concrete di collegamento tra le provvisori contenute nell'accordo parasociale e le regole di funzionamento della società. Si considera in tale senso che le convenzioni parasociali “bien que formellement distincts des statuts, viennent les compléter et sont rarement séparables, car ils sont en général conclus *societatis causa*. Ils sont donc le plus souvent indivisibles, car les uns et les autres tendent à la réalisation d'un même objectif”. Ne consegue che “les pactes extra-statutaires sont soumis aux mêmes limites et interdictions que les clauses statutaires dans la mesure où elles ont une incidence sur l'organisation ou le fonctionnement de la société et sur le droit des associés.”³⁰⁷

In uno altro orientamento, i *pactes d'actionnaires* vengono inseriti all'interno di un regime convenzionale costituito da tutte le obbligazioni che legano le parti di una società tra loro. Tale regime è concepito come un corpo di regole eterogenee dai contorni mobili e dagli obiettivi variabili, che lega tutti o parte dei soci, e che è composto dall'insieme delle obbligazioni liberamente introdotte negli statuti o in convenzioni esterne ad essi.

All'interno di tale regime, i legami creati dalle parti per via contrattuale si presentano strutturati in via gerarchica, secondo una piramide che trova alla sua sommità gli statuti e i regolamenti interni contenenti gli obblighi liberamente assunti dai soci, ed alla base le convenzioni extrastatutarie concluse dai soci.³⁰⁸

³⁰⁶ BONNARD, *L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés*, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999, Paris, Dalloz, p.139.

³⁰⁷ GUYON, *op.cit.*, p.315.

³⁰⁸ GODON, *op.cit.*, p.12.

Tali strumenti contrattuali, non sono totalmente indipendenti dalla società, ma ad essi collegati, in una struttura vicina a quella del “gruppo di contratti”, tenendo tutti alla realizzazione di uno scopo comune che è quello del miglior funzionamento della società. Ne consegue che tutte queste relazioni contrattuali rientrano nella disciplina di cui al contratto di base (quello di società), e che i patti extrastatutari sono necessariamente soggetti alle disposizioni legali imperative, ai principi generali del diritto societario ed alle regole previste dal regime convenzionale stipulato dalle stesse parti e ad esse gerarchicamente sovraordinato.³⁰⁹

I patti extrastatutari quindi, se per natura propria rientrano nel diritto civile dei contratti e dunque devono rispondere alle condizioni di validità di ogni contratto poste dall'art. 1108 *du code civil*, non sono ritenuti validi che nella misura in cui siano in conformità con le regole imperative del diritto societario, dello statuto e l'interesse sociale.³¹⁰

Nella linea della dottrina, la giurisprudenza francese si è pronunciata più di una volta per la validità dei *pactes d'actionnaires*, “dès lors qu'ils ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social”.³¹¹

³⁰⁹ DURAND-LEPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, in *Petites affiches*, 1995, n°88, secondo il quale I patti parasociali occupano senza dubbio un rango inferiore nella gerarchia delle disposizioni che disciplinano il funzionamento delle società nella misura in cui, essi non devono contraporre né la legge né le disposizioni statutarie. Questa superiorità dalla clausola statutaria sul patto extrastatutario viene anche affermato dalla giurisprudenza italiana. Cfr. Cass. Comm., 15 février 1994, n° 92.12.330, in *Bull. Joly*, 1994, p.508 ss.; Cass. Comm., 7 2004, n°00.11.692, in *Bull. Joly*, 2004, p.544 ss.

³¹⁰ VELARDOCCIO, *op.cit.*, p.203: la natura contrattuale dell'accordo tra soci giustifica l'attuazione di tutte le regole applicabili al contratto, e sarà soltanto quando questa applicazione si farà al detrimento dagli statuti che il diritto comune dei contratti sarà sottoposto al diritto speciale del contratto di società. Cfr. BONNARD, *op.cit.*, p.139 ss., secondo il quale “la validité des pactes d'associés trouve son fondement dans le principe de la liberté contractuelle (...) avec pour seule limite l'ordre public.

³¹¹ Cass., 7 janvier 2004, in *RJDA*, 2004, n°840; Cass., 27 septembre 2005, in *RJDA*, n°1359; CA Paris, 18 octobre 2005, in *RJDA*, 2006, n°791. La sentenza del Tribunal de Paris, 30 juin, in *JCP*, 1996, II, n°795, ha stabilito la validità delle convenzioni di voto, facendo gravare l'onere della prova della contrarietà all'interesse sociale del patto sull'attore che ne invocava la nullità, consacrando pertanto una sorta di presunzione di validità.

Essa si è basata, da un lato, al riferimento al principio di libertà contrattuale in virtù dell'art. 1134 *du code civil*,³¹² dall'altro, ai principi generali del diritto delle società, ed in particolare al principio della preminenza dell'interesse sociale, dell'inalienabilità del diritto di voto e quello della libera revocabilità dei dirigenti.

Così, se da una parte, vi è evidenziata l'invalidità dei *pactes d'actionnaires* in presenza di un vizio della volontà dei contraenti oppure per la mancanza del requisito della determinazione o determinabilità del prezzo, dall'altra parte la validità di tali convenzioni viene essere circondata da tre limiti: il socio non deve essere privato irrevocabilmente del diritto di intervenire negli affari sociali, o in altri termini, la convenzione deve necessariamente rivestire un carattere temporaneo, le convenzioni non devono essere contrarie all'interesse sociale e, infine, devono essere essenti da frode.³¹³

Le Corti francesi si sono pertanto espresse a favore della validità delle convenzioni di voto con l'unico limite della conformità all'interesse sociale³¹⁴, per la validità delle clausole di gradimento e di preferenza, in grado di mitigare l'eccessiva rigidità della legge del 1966³¹⁵, e delle clausole di offerta alternativa (*buy or sell*).³¹⁶

Nello stesso tempo hanno condannato le convenzioni dirette a designare anticipatamente i dirigenti della società o ad organizzare l'alternanza di due gruppi

³¹² Trib. Comm. Paris, 1er août 1974, in *Bull. Joly*, 1975, p.186, che pone il principio della validità di una società il cui funzionamento è regolato da stipulazioni contrattuali tra i soci.

³¹³ DONDERO, *Le pacte d'actionnaires, le contrat dans la société*, in *Journ. Soc.*, 2008, p.42 ss.; JEANTIN, *Les conventions de vote*, in *Rev. jur. comm.*, 1990, p.124 ss., BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, Paris, LGDJ, 1998, p.22 ss., il quale nota che il criterio dell'interesse generale è difficile ad attuare. Se le convenzioni di voto di cui l'oggetto sia di mettere in pericolo gli interessi degli azionisti di minoranza debbano, senz'altro, essere considerate come illecite, quelle avendo ad oggetto l'assicurare di una stabilità del potere societario, non sono in contrarietà con l'interesse sociale. In giurisprudenza, v. Cass. 31 octobre 2007, n°05.14.238 in *Bull. Joly*, 2008, p.121 ss., che abbia riconosciuto la validità della clausola di inalienabilità dal momento che sia giustificata da un interesse serio e legittimo, e che sia limitata nel tempo.

³¹⁴ Trib. Comm., 17 juin 1974, in *RTD comm.*, 1975, p.534; Cass., 19 décembre 1983, in *Rev. Soc.*, 1985, p.105; Cass., 9 mars 1993, in *RJDA*, 1993, p.439, ove si affermi la nullità delle convenzioni di voto se stipulata nell'interesse esclusivo di un socio ed in generale se contraria all'interesse sociale.

³¹⁵ Trib. Angers, 20 septembre 1988, in *Rev.soc.* 1989, p. 288; CA Paris, 23 juin 1987, in *Bull. Joly*, 1987, p.701.

³¹⁶ Trib. Comm., Paris, 17 octobre 2006, in *Bull. Joly*, 2007, p.42. La decisione ha caratterizzato la validità di tale clausola in quanto promessa reciproca di acquisto o di vendita.

azionari alla testa della società, per violazione del principio della libera revocabilità dei dirigenti.³¹⁷

1.2 L'introduzione dei pactes d'actionnaires nella normativa francese

Grazie all'orientamento dalla dottrina nonché a favore della giurisprudenza nel riconoscere la validità dei *pactes d'actionnaires*, il legislatore francese è intervenuto, ed ha implicitamente dettato la validità delle convenzioni di voto nei gruppi di società, tramite la *Loi du 3 janvier 1985 sur la consolidation des comptes* e la *Loi du 12 juillet 1985 sur le contrôle des Sociétés anonymes*.

In una ulteriore legge, la normativa francese ha anche definito le azioni di concerto³¹⁸ ed ha imposto alle società quotate una regolamentazione specifica in caso di superamento della soglia di partecipazione e dell'OPA.³¹⁹

Il legislatore francese, sulla scia dell'evoluzione recente del fenomeno di contrattualizzazione del diritto societario, ha istituito la *loi n°94-1 du 1er janvier*

³¹⁷ Trib. Comm., Paris, 1 août 1974, in *Rev. Soc.*, 1974, p.685.

³¹⁸ La nozione di azione di concerto è definita dall'art. L.233-10 du *Code de Commerce* in quanto accordo stipulato "en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société". L'accordo deve pertanto avere per obiettivo l'acquisto, la cessione o l'esercizio dei diritti di voto al fine di attuare una politica comune nei confronti della società. Alcuni *pactes d'actionnaires* saranno quindi costitutivi di azione di concerto, e gli aderenti al patto saranno soggetti alle obbligazioni dettate dalla legge, tra cui l'obbligo di solidarietà. Un riferimento alle convenzioni tra soci è fatto anche nella disciplina del controllo: l'art. L. 233-3, I, 2 du *Code de Commerce*, prevede che una società è considerata come controllante una altra quando essa dispone da sola della maggioranza di diritti di voto in questa società in virtù di un accordo concluso con altre società o azionisti e che non sia contrario all'interesse sociale.

³¹⁹ La *Loi du 2 août 1989*, senza evocare la validità dei *pactes d'actionnaires*, ha previsto una disciplina in termini di pubblicità: l'art. L-233-11 du *Code de Commerce*, relativo alle convenzioni tra azionisti nell'ambito delle società quotate, ha riconosciuto implicitamente i patti tra azionisti di società quotate su un mercato regolamentato che stabiliscono condizioni preferenziali di cessione o acquisizione, disponendo che "toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5% du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être transmise dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée à la société et à l'Autorités des Marchés Financiers. A défaut de transmission, les effets de cette clause sont suspendus, et les parties sont déliées de leurs engagements, en période d'offre publique.

1994 che introduce la *société par actions simplifiée* (SAS), formula societaria a carattere contrattuale.³²⁰

Si tratta di una struttura facilmente adattabile agli interessi dei soci nella misura in cui vi sia una grande libertà lasciata alle parti nella redazione dello statuto e quindi una possibilità di organizzare contrattualmente le relazioni reciproche ed a regolamentare la composizione del capitale della società ed il controllo della sua gestione.

Per motivi di maggiore elasticità di questo schema societario e di apertura della SAS alle persone fisiche, questa struttura è stata presentata come una alternativa alla pratica tradizionale della conclusione di patti parasociali. Ne consegue una possibilità di inserire negli statuti la quasi totalità delle pattuizioni che si possano ritrovare negli accordi extrastatutari. Così, la SAS è stata spesso considerata quale “*pacte d'actionnaires institutionalisé*”.³²¹

Ciò non ha comportato tuttavia nella pratica, una attenuazione del fenomeno della stipulazione di patti parasociali. Questo fenomeno potrebbe essere spiegato sia a causa della maggiore confidenzialità dei suddetti patti³²², sia perché i *pactes d'actionnaires* consentono degli accordi a geometria variabile che le convenzioni

³²⁰ Cfr. LE CANNU, *op.cit.*, p.22 ss.

³²¹ BRUNWICK, *SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires?*, Paris, Dalloz, 2000, p.595 ss. L'inserzione delle convenzioni tra soci all'interno dello statuto della società dimostra la propria rilevanza sul piano della loro efficacia: non solo le clausole sono opponibili a tutti i soci, ma si prevede espressamente la nullità di ogni operazione compiuta in loro violazione. L'art. L. 277-15 du Code de Commerce stabilisce infatti che “*toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle*”. Anche la dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nell'affermare l'*effet relatif* delle convenzioni parasociali (cfr. COURET-JACOMET, *op.cit.*, p.957 per i quali non vi siano eccezioni a questo principio soltanto nel caso ove il patto extrastatutario è menzionato negli statuti della società) e la loro inopponibilità ai soci non stipulanti ed alla società, che, pertanto, non possono avvalersi della sua violazione. In senso contrario tuttavia, CA Paris, 27 mars 2007, in *Bull. Joly*, 2007, n°1002, che nel decidere di una domanda di risoluzione di una convenzione parasociale per motivo dell'inadempimento del socio-presidente all'obbligo, assunto con la convenzione di organizzare delle riunioni periodiche al fine di informare i soci sull'andamento degli affari societari, ha respinto la domanda ma ha condannato la società ad un risarcimento pecuniario, ritenendo che il socio-presidente avesse agito in qualità di rappresentante della società e che dunque fosse questa a dover rispondere.

³²² DELEBECQUE, *Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires*, in *SAS*, GLN Joly, 1995, p.126, il quale rileva che la localizzazione dei patti parasociali negli statuti gli rende opponibile alla società a tutti gli azionisti, attuali o futuri, e la loro violazione non può essere sanzionata dalla nullità, ma gli fa togliere la loro confidenzialità.

statutarie non permettono, rendono possibile la conclusione dei patti solo tra alcuni soci o gruppi di essi. Non si debba dimenticare, però, che la SAS non può essere utilizzata nell'ipotesi di appello pubblico al risparmio.

Inoltre, se nell'organizzazione della SAS prevale il principio di libertà, bisogna sottolineare che questo non è illimitato. Infatti, deve in ogni caso coordinarsi ad un sistema giuridico complesso nel quale si articolano differenti norme legali e contrattuali, con la conseguenza che la libertà contrattuale riconosciuta deve per forza rispettare non solo le normative legali imperative, ma anche i principi di lealtà e di equità e non presentare un carattere abusivo nei confronti di altri soci o di terzi.

Attraverso i suddetti provvedimenti normativi, il legislatore francese ha dimostrato di avere preso atto dell'uso abituale dei *pactes d'actionnaires* nella pratica del diritto degli affari e della conseguente urgenza di fornire una disciplina non superficiale di inquadramento di questo fenomeno. Il senatore Marini aveva, d'altronde, introdotto una proposta di legge relativa ai *pactes d'actionnaires* in 1997, nella quale si prevedeva l'inserimento nella legislazione francese di un vero "statut légal des pactes d'actionnaires" onde eliminare ogni incertezza sulla loro validità e sulla loro disciplina.³²³

1.3 Osservazioni conclusive

Anche se la dottrina, la giurisprudenza, ed a un altro livello, la normativa francese, si sono pronunciati a favore del riconoscimento della validità di principio dei suddetti patti, rimangono dei punti da chiarire.

³²³ Texte n°379, 1996-1997; MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, in *la Doc.fr.*, 1996, p.64 ss. La proposta riconosceva la validità delle convenzioni di voto alle condizioni che concernessero soltanto l'esercizio del diritto di voto, che non fossero contrarie alle disposizioni legali e all'interesse della società. Essa proponeva inoltre, una pubblicità legale delle convenzioni parasociali anche relativamente alle società non quotate, ai fini di permettere una migliore e più sicura efficacia delle suddette convenzioni e garantirne l'opponibilità ai terzi.

Ad esempio occorre evidenziare che, di conseguenza alla libertà di concludere un *pacte d'actionnaires*, vi sia un abbandono dei diritti che consente il contratto di società. L'effetto del suddetto patto modifica anche la vita e il contesto attorno alla società. Ne consegue che, siccome i patti pongono la questione dell'articolazione di diverse libertà, non possano in linea di principio essere dichiarati illegittimi, ma devono essere bilanciati a seconda dei diritti conferiti agli aderenti al patto e alla libertà di azione lasciata a quelli che non hanno concluso il patto.³²⁴

Il riflesso dei patti parasociali ad introdurre un conflitto tra la libertà contrattuale e il carattere istituzionale delle società, ed a dar luogo ad una doppia rete di rapporti- quelli derivanti dall'appartenenza dei soci alla società e quelli derivanti dalle convenzioni particolari che abbiano concluso- produce una interazione e una interferenza tra il diritto dei contratti e il diritto societario. Questo fenomeno aumenta il rischio di conflitto tra la libertà contrattuale e l'ordine pubblico societario.

Come sottolineato da Guyon “cette co-existence soulève des difficultés de principe. Certaines sont assez faciles à résoudre, ainsi les conventions extra-statutaires entre associés ne sauraient déroger aux règles d'ordre public qui gouvernent les sociétés. Mais d'autres sont plus embarrassantes, car l'existence même de ces relations particulières entre certains associés crée une société dans la société, ce qui entraîne une atteinte tant au principe d'égalité qu'au *ius fraternitatis*.”³²⁵

Ciò giustifica quindi di riconoscere che il patto non solo debba essere in conformità con i principi in tema di diritto dei contratti e delle obbligazioni, ma debba altresì, non essere contrario ad un provvedimento normativo imperativo del diritto societario, della concorrenza o della borsa.

Pone peraltro l'interprete nel terreno delicato di fissare le condizioni ed i limiti entro i quali le convenzioni parasociali possono essere considerate valide, tenendo

³²⁴ PARLEANI, *op.cit.*, p.4.

³²⁵ GUYON, *op.cit.*, p.358.

conto della difficoltà di determinare quello che sia imperativo nel diritto societario, soprattutto quando il legislatore non abbia stabilito nulla e la giurisprudenza non si sia espressa.

Inoltre, anche l'ambito di applicazione delle disposizioni di ordine pubblico è incerto.³²⁶

L'ambito dei patti parasociali subisce infatti il carattere eccessivamente regolamentato del diritto francese delle società di capitali che, paradossalmente, genera numerose incertezze laddove la legge non dispone nulla. Questo fenomeno è stato accresciuto per motivo della mutevolezza ed imprecisione del contenuto dell'ordine pubblico societario, che la successiva evoluzione normativa del diritto delle società ha rafforzato. Per di più, il movimento di contrattualizzazione del diritto societario comporta che “l'envahissement du droit des sociétés par le droit contractuel aboutit à une importation des facteurs d'insécurité propres à la technique contractuelle (...) cette insécurité apparaît d'abord au niveau des accords passés entre actionnaires.”³²⁷

Queste incertezze dalla dottrina francese nell'individuazione delle regole applicabili ai patti parasociali, fanno che la normativa prevista in sede di contratti, temperata o meno dalle regole imperative del diritto societario, e l'imprecisione stessa del riferimento a questo complesso di norme imperative, non chiarisce la collocazione dei patti parasociali.

Si è visto che tanti autori riconoscono che i *pactes d'actionnaires*, in quanto convenzioni, fanno parte della libertà contrattuale, tuttavia, il loro ambito di

³²⁶ GODON, *op.cit.*, p.12, il quale si domanda se i principi generali non scritti del diritto delle società abbiano la stessa forza di prima quando, nella pratica, vi sia un bisogno di controllare la composizione della società grazie a dei calcoli che rimettono in considerazione il principio del libero trasferimento delle azioni; DAIGRE, *Pacte d'actionnaires et capital-risque. Typologie et appréciation*, in *Bull. Joly*, 1993, p.157 ss., il quale nota che è discusso, sia il carattere imperativo o meno di numerose regole del diritto societario, sia la reale portata delle norme di principio dello stesso, ed in particolare i principi della libertà dell'esercizio del diritto di voto.

³²⁷ COURET, *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, in *Rev. Soc.*, 2000, p.89 ss.

intervento est inquadrato della regolamentazione del diritto societario di cui numerose norme sono imperative.³²⁸

Si rileva anche che questa validità di principio che risulta della libertà di contrattare abbia dei limiti. Infatti, questi contratti tra soci non sono caratterizzati dalla qualità dei co-contraenti, bensì dal loro oggetto, ossia il funzionamento della società di cui le parti ai contratti sono membri o l'esercizio dei loro diritti sociali.³²⁹

Occorre pertanto verificare se gli accordi conclusi diano luogo ad obblighi *strictu senso* sociali oppure a delle obbligazioni autonome, stipulate dalle parti per il loro conto e non in quanto membri dell'ente sociale.

In tal senso, Velardocchio, pur accennando la difficoltà di determinare se nel caso specifico il patto sia o meno estraneo al contratto sociale, prosegue distinguendo le ipotesi in cui l'accordo extrastatutario manifesta i propri effetti sul suddetto contratto, trasformandone la struttura e l'organizzazione, da quelle in cui l'accordo “est complètement indépendant des statuts et n'affecte que les relations individuelles des parties”.³³⁰

Questa riflessione, che richiama quella evidenziata dalla dottrina civilistica italiana, necessita una analisi dell'intensità del legame esistente tra gli stessi. Laddove vi sia un accordo che appare autonomo e dunque separato dal contratto di società, sarà sicuramente più appropriato concludere per l'applicazione delle norme disciplinanti l'accordo, e quindi delle norme relativi ai contratti, piuttosto che applicare quelle del diritto societario.

Così, da una parte, una promessa di vendita o di acquisto, una clausola di non-concorrenza o una clausola di gradimento, sembrano potersi collegare strettamente al patto societario, poiché queste diverse clausole tendono ad accrescere la stabilità politica o economica della società stessa.

³²⁸ VELARDOCCHIO, *op.cit.*, p.189.

³²⁹ *Ibid.*, p.283.

³³⁰ *Ibidem*. L'autrice riporta il caso delle *convention de portage d'actions*, ovvero gli accordi “par lesquels une personne, le porteur accepte, sur la demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu qu'à l'expiration d'un certain

Dall'altra parte, un patto con cui si garantisce un interesse sul capitale conferito, una clausola di garanzia del passivo, sembrano non essere caratterizzati dai legami stretti con il contratto sociale, nella misura in cui vengono a costituire una protezione accordata da una parte all'altra.

Le riflessioni finora menzionate forniscono una descrizione dei patti parasociali che si basa essenzialmente sulla constatazione che, mediante tali accordi, i soci mirano disciplinare delle posizioni individuali che risultano dalla loro posizione di partecipante alla società. Quello che significa sul piano giuridico, che tali accordi sono autonomi rispetto al patto sociale, ma ad esso collegate.

Questo ragionamento non consente di valutare correttamente le conseguenze giuridiche di queste convenzioni, limitandosi ad sottolineare il carattere obbligatorio di queste pattuizioni e la loro possibilità di entrare in contatto con il regolamento della società.³³¹

Un altro elemento di insicurezza giuridica nell'esame della suddetta figura deriva dal rischio di sovrapposizione e di conflitto di norme che la loro disciplina comporta.

Infatti, i soci sono soggetti sia al patto di società che alle convenzioni parasociali, circostanza che ha indotto la dottrina a evocare “un rischio di degenerazione”, laddove, secondo le ipotesi o il contratto snatura la società o la società snatura il contratto.³³²

L'esame degli strumenti del diritto positivo non consente di dare una risposta suscettibile di adesione generalizzata a queste problematiche.

délai, ces action seront transférées à une personne désignée, à un prix fixé d'avance”, e ne riconosce l'estraneità al patto sociale.

³³¹ Come nella giurisprudenza e la dottrina italiana, il panorama francese evidenzia che l'unica conseguenza dell'inosservanza del patto possa essere quella risarcitoria ai sensi dell'art. 1142 *du Code civil*. Una parte minore della dottrina ha criticato questa impossibilità di ricorrere all'esecuzione forzata, ritenendo la sanzione risarcitoria inadatta ad assicurare la “sécurité juridique”. (Cfr. COTTEBRUNE, *L'efficacité des conventions de vote en question*, in *La revue pratique du droit de l'entreprise*, 1998, p.29 ss.).

³³² SAINTOURENS, *La flexibilité du droit des sociétés*, in *Rev.trim.dr.comm.*, 1987, p.457.

L'ambiguità della nozione dei patti parasociali sembra quasi indefettibile, nella misura in cui le scelte d'orientamento normativo, non ne fornisce elementi compiuti di disciplina, né offrono punti di riferimento per valutare la loro validità.

Sia nel sistema italiano che nell'ordinamento francese, l'individuazione dei caratteri essenziali di questo fenomeno ed degli obiettivi che con esso le parti intendono conseguire, sembra muoversi nella stessa direzione.

Le opere di analisi realizzate dagli autori francesi e italiani dimostrano che il punto fondamentale della materia attenga senza altro all'identificazione dei rapporti che intercorrono tra i patti parasociali ed il contratto sociale.

Da un primo esame di queste ricostruzioni, pare insistere sul fatto che esse presentino il difetto di porsi su un piano di natura essenzialmente descrittiva. Ne risulta una incertezza laddove si passi alla valutazione dell'influenza del patto parasociale nei confronti del rapporto sociale e degli effetti che il primo è idoneo a produrre sul secondo. Infatti, i saggi della dottrina non sono in grado di identificare, per motivo del carattere diversificato della figura, una vicenda capace di giustificare, per quanto riguarda l'individuazione della disciplina applicabile, un discorso unitario.

In realtà, tutti i tentativi di distinguere le clausole sociali sottoposte alle normative in sede di diritto societario, da quelle parasociali disciplinate dalle regole generali dei contratti, non permettono di identificare una area dotata di sufficiente omogeneità, né conducano a risultati apprezzabili allo scopo di determinare la disciplina applicabile.

Peraltro, il problema dell'individuazione dei patti, costituisce solo la premessa della questione centrale, ovvero, in pratica, quella dell'individuazione della loro efficacia e del loro regime. Il recente riconoscimento normativo dell'ordinamento italiano non ha dato una risposta definitiva a questa problematica, perché esso continua a mantenere il patto su un altro livello che quello societario, sia dal punto di vista dell'efficacia che dal punto di vista della rilevanza.

La figura originale dei patti parasociali permette, negli ordinamenti giuridici francese e italiano, che “les accords extra-statutaires ne sont pas toujours prohibés; ils ne sont pas non plus toujours valables”.³³³

Questa figura, che si situa al punto di incrocio dell'evoluzione del diritto delle società e del diritto dei contratti, partecipa alla complessità della definizione del ruolo della libertà contrattuale nel diritto societario.

La natura ambigua dei patti parasociali comporta che essi debbano rispettare, anzitutto, le condizioni di validità proprie a tutti i contratti. Inoltre, la loro particolare natura di accordi diretti ad organizzare le relazioni tra soci ne determina la sottoposizione alle disposizioni imperative del diritto societario che mira prevalentemente il rispetto dell'interesse sociale.

L'ambivalenza della suddetta nozione si manifesta quindi nel conflitto permanente tra la libertà contrattuale, a seconda della quale i soci sono liberi di concludere delle convenzioni parasociali, e l'ordine pubblico societario, che detta delle regole di protezione degli interessi delle minoranza e dei terzi. L'ordine pubblico comporta tuttavia dei limiti incerti.

In primo luogo, gli obiettivi di protezione dei soci di minoranza e dei creditori sociali è quello di garantire l'osservanza del principio di uguaglianza fra soci, quello che impone di ricorrere a nozioni imprecise, quali l'interesse sociale o la sicurezza degli accordi societari.

In secondo luogo, il legislatore menziona sempre di più spesso la sussistenza dei patti parasociali, senza peraltro precisarne le condizioni di validità.

In questo contesto, la giurisprudenza può essere utilizzata in quanto fonte privilegiata per ritrovare dei punti di riferimento specifici. La conseguenza, tuttavia, è di prolungare questa incertezza della figura poiché la validità di molti dei patti parasociali dipende dalla valutazione caso per caso dei corti e tribunali. Solo un esame delle singole pattuizioni può allora portare l'interprete a verificare che il

³³³ GUYON, *op.cit.*, p.360.

contenuto delle singole convenzioni non sia contrario alle norme inderogabili di diritto delle società.³³⁴

In tale senso, una tesi sostenuta dalla dottrina, e accolta in alcune sentenze, è quella che giunge ad ammettere la validità dei patti parasociali esaminandone prima la natura e la finalità sul piano contrattuale, e poi su quello societario.³³⁵

Nella misura in cui, la natura di tali pattuizioni quali contratti atipici, è su tale piano che va condotta una prima essenziale verifica della liceità della causa e la legalità dei fini perseguiti con l'accordo stesso. Solo in secondo tempo, dovendosi passare alla verifica della loro compatibilità con eventuali principi imperativi presenti nella disciplina positiva della società.

Occorre quindi riferirsi alle categorie normative generali per tentare di individuare i legami che permettono di scegliere la sede entro cui i patti parasociali possano essere localizzati.

Le convenzioni parasociali sono dei contratti, il cui *ratio legis* riposa sugli articoli che negli ordinamenti italiano e francese, disciplinano la libertà contrattuale delle parti (*art.1134 du code civil* francese e art.1322 del codice civile italiano), e in quanto tali, sono sottoposti al corpo di regole che ne stabilisce le condizioni di validità ed efficacia.

Se ciò sembra valere allo sguardo della disciplina degli elementi formali delle pattuizioni, della capacità delle parti e della valutazione dei vizi del volere invalidanti la manifestazione di volontà, discorso diverso deve essere fatto per il loro contenuto.

L'esame tradizionale dei patti parasociali in chiave prevalentemente negoziale, che ha permesso di annoverarli tra le più tipiche ipotesi di collegamento tra contratti, appare infatti insufficiente. Sembra piuttosto necessario capire fino che punto la

³³⁴ *Ibidem.*

³³⁵ Tra l'altro, cfr. Cass., 20settembre 1995, n.9975, in *Giur. comm.*, 1997, II, p.50 ss.

questione della connessione tra società e patto incida sulla disciplina di questo ultimo.³³⁶

Sarebbe, invece, richiesto di distinguere tra le varie fattispecie *a priori* ricondotte alla categoria dei patti parasociali, valutandone l'autonomia funzionale e la capacità di incidere sul contratto di società o, *rectius*, sulla sua disciplina.

Così, nel caso in cui il patto abbia come scopo quello di modificare l'assetto societario e non sia dotato di autonomia causale, esso dovrà ritenersi incidente sull'assetto organizzativo della società. Ad esempio, i patti di sindacato di voto o di blocco, i quali esercitano la loro influenza sul funzionamento stesso della società, e di conseguenza, acquistano rilevanza ai sensi del diritto societario.

Diversamente, possono essere individuate differenti ipotesi in cui vengono conclusi delle convenzioni che si presentino per la società in quanto *res inter alios acta*. Ad esempio, quando un socio garantisce un altro tramite un patto parasociale, senza influenzare tuttavia le condizioni di funzionamento della società.³³⁷

Occorre dunque riconoscere, che sia nell'ordinamento giuridico italiano che in quello italiano, la stessa ambiguità della figura dei patti parasociali è predominante. Questa ambiguità è rafforzata dalla varietà e l'indeterminatezza che ne caratterizzano il contenuto. Pertanto, la determinazione *a priori* della disciplina essi applicabile. Ogni valutazione della validità del suddetto patto dovrà essere fatta individualmente, a seconda di ogni vicenda.

³³⁶ PERNAZZA, *Brevi riflessioni in tema di contratti parasociali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, p.163 ss.

³³⁷ LE CANNU, *op.cit.*, par.886

2. Il sistema anglosassone

2.1 Il riconoscimento dei shareholders' agreements

In Inghilterra, malgrado il fatto che la nozione di patti parasociali sia strettamente legata all'esperienza anglosassone (poiché questa nozione sia nata e sviluppata nell'ambito di questa ultima), l'ordinamento giuridico e la giurisprudenza di *common law* mostrano che il fenomeno non è né così diffuso, né così importante come negli ordinamenti continentali. Nemmeno la dottrina ha prestato attenzione alla disciplina dei patti parasociale.³³⁸

In realtà, i patti parasociali ossia i cosiddetti *shareholders' agreements*, trovano ad applicarsi soprattutto nelle società a base azionaria ristretta o non quotate, nelle quali la separazione tra quelli che governano e quelli che investono il capitale di rischio è meno accentuata che nelle società pubbliche. I patti che regolano i sindacati azionari possono avere una limite in sede di *public policy*, in caso di violazione delle pattuizioni dei singoli con essa.

A parte qualche provvedimento, il *Companies act* prevede quasi nulla per quanto riguarda gli *shareholders' agreements*. In particolare, la nozione di *conflict of interest* e la sua concreta applicazione secondo le fattispecie, trova nel sistema inglese, un suo riconoscimento che determina il principale criterio di invalidità dei patti.

Diversi motivi possono spiegare questa situazione: in primo luogo, le dimensioni del mercato inglese, che potrebbero disincentivare il consolidamento del controllo delle società quotate di dimensioni importanti nelle mani di pochi azionisti; in secondo luogo, la rilevanza della partecipazione degli investitori istituzionali nelle società per azioni; in terzo luogo, la quasi assenza del modello dell'aggregazione di

³³⁸ SIMONETTI, *Gli "Shareholders agreements" in Inghilterra*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, AA. VV a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, Giuffrè, 435 ss. Solo recentemente la dottrina ha trattato della sudetta disciplina. THOMAS, RYAN, *The law and Practice of shareholders' agreements*, Butterworths, 2000; STEDMAN, JONES, *Shareholders' agreements*, Sweet & Maxwell, 1998, p. 57: "The standard works on the law of contract do not include separate chapters on shareholders's agreements and, while much has been written about the significance of the need to analyse the so-called statutory contract created by the memorandum and articles in the context of statutory framework, the degree to which the shareholders' agreements justifies similar analysis has not been judicially or academically considered".

partecipazioni attorno ad un unico gruppo familiare di riferimento, elemento che si ritrova spesso nella pratica italiana.³³⁹

Nella disciplina inglese, tutte le questioni problematiche sono legate alle interazioni ed al rapporto tra i principi in materia di diritto societario, di *corporate governance* e della *law of contract*: il principio di autonomia della volontà (*freedom of contract*), ha consentito la dottrina inglese a riconoscere la piena liceità dei *shareholders' agreements*. Alla stregua della dottrina, la giurisprudenza, nonostante le poche sentenze pronunciate nella materia, ha anche riconosciuto la validità della categoria, qualificando i *shareholder' agreements* in quanto “definable category of contractual relationship”, soggetta ai principi generali in sede di *law of contract*.³⁴⁰

L'unica limite alle loro validità potrebbe derivare dai principi di public policy, qualora il patto sia in contrasto con essi.

I *shareholders's agreements* relativi all'esercizio del diritto di voto sono prevalentemente considerati come ammissibili, perché il diritto di voto è un “right of property”, e quindi un diritto di cui si possa liberamente disporre, permettendo così al socio di accettare che sia vincolato da un patto concluso fuori dell'ambito societario.³⁴¹

Il sindacato di voto si divide in due sotto-categorie nella disciplina anglosassone: primo, il *pooling agreement*, grazie al quale i contraenti mantengono la proprietà delle azioni e si vincolano a votare in un modo particolare in assemblea (a seconda di criteri tali le indicazioni di un unico socio, o della volontà della maggioranza), e secondo, il *voting trust*, che è una figura giuridica sconosciuta nel diritto continentale, ma che emana dagli Stati Uniti e dell'Inghilterra, ove tramite il

³³⁹ EASTERBROOK, FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 70 ss.

³⁴⁰ *Scally v. Southern Health and Social Services Board* [1992] 1 AC 294, 306.

³⁴¹ THOMAS, RYAN, *op.cit.*, p.38: “The shareholders of a company may lawfully bind themselves by way of an independent shareholder's agreement to vote in a specific way on issues regulated by the terms of the agreement”.

meccanismo del trust, la proprietà dell'azione e la qualità di socio vengono trasferite a un *trustee*, cui spetta l'esercizio del diritto di voto.³⁴²

La giurisprudenza inglese ha anche adottato lo stesso punto di vista nel riconoscere il diritto dei soci di modulare l'esercizio del rispettivo diritto di voto. Così, la House of Lords ha riconosciuto che “an agreement between shareholders as to how they would exercise their voting rights on a resolution to alter the articles [of the company] is not necessarily invalid” e che non vi è motivo perché il patto “should not be enforceable by the shareholders inter se as a personal agreement which in no way fetters [the company] in the exercise of its statutory powers”.

Pertanto la Corte ha deciso che “the shareholders may lawfully agree inter se to exercise their voting rights in a manner which, if it were dictated by the articles, and where thereby binding on the company, would be unlawful”.³⁴³

Per quanto attiene alla pubblicità dei *shareholders' agreements*, il Companies Act, in virtù delle *Sections 204 e 219*, prevede degli obblighi di informazione. In realtà, l'ordinamento anglosassone riconosce che la convenzione parasociale, non sia soggetto a particolari forme di pubblicità, essendo “a private document which does not have to be registred at the Companies House”. Tuttavia, il *Companies Act* detta obblighi di informazione relativi ai patti parasociali di una *public company* che siano costituiti di obblighi o restrizioni in relazione all'esercizio del diritto di voto oppure che prevedano l'acquisto di partecipazioni: queste convenzioni debbano

³⁴² FARRAR, *Company Law*, London, Butterworths, 1988, p.126 ss; XUEREB, *The rights of Shareholders*, Oxford-London-Edinburgh, 1989, p.91 ss.

³⁴³ *Russel v. Northern Bank Development Corp* [1992] 1 W.L.R. 588; THOMAS, RYAN, *op.cit.*, p. 40: E stato evidenziato il ragionamento perlomeno curioso dalla Corte inglese che “held that, as against the company, the requirement for consent contained in the agreement was invalid because it was an unlawful fetter on the company's statutory power to increase its share capital by ordinary resolution of the company (...) however, it also held that the unenforceable part of the shareholder's agreement (i.e. the part which purported to take away the company's statutory rights) was independent of, and severable from, the agreement between the shareholders, therefore the agreement between the shareholders themselves not to vote in favour of a resolution to increase the capital was enforceable amongst and against them. In other words, they may take a binding agreement amongst themselves as to how they should vote in relation to the alteration of the company's articles of the association. Paradoxically, the effect of their voting as agreed, against the resolution, indirectly deprives the company of its statutory right or power to increase its capital”.

essere comunicate alla società emittente entro due giorni lavorativi della sottoscrizione.

Secondo le stesse condizioni, qualsiasi variazione dell'accordo dovrà essere comunicata alla società emittente (*Section 204*).

Inoltre, la società deve annotare la suddetta comunicazione in un registro da tenere a disposizione di chiunque ne faccia richiesta e, qualora la società sia quotata, devono essere trasmesse la comunicazione dell'accordo e una copia del medesimo al *London Stock Exchange* il giorno lavorativo successivo a quello del ricevimento (*Section 219*).

L'eventuale illiceità dei *shareholder's agreements* deve essere individuata allo sguardo dei principi di *public policy* che disciplinano il diritto delle società.

Così, i patti che contengano disposizioni volte a perseguire interessi degli aderenti contrari agli interessi della società, come per esempio, una convenzione in cui gli azionisti realizzino una politica di distribuzione degli utili tale da spogliare la società delle sue risorse a detrimento dei creditori e a favorire l'unico interesse degli contraenti saranno giudicati in quanto invalidi.³⁴⁴

Così come le convenzioni in cui gli azionisti di controllo abusino della maggioranza ponendo sistematicamente in essere atti a danno della minoranza e con il principale scopo di gestire la società in conformità ai loro interessi individuali.³⁴⁵

E ciò in quanto in *common law* i soci di maggioranza debbano perseguire quello che essi considerino “to the best interest of the company as a whole”, e non possano agire in modo fraudolento verso i soci di minoranza. I soci sono altresì tenuti a votare sempre secondo “the best interest of the company as a whole”.³⁴⁶

³⁴⁴ Cfr. *Standard Chartered Bank v. Walter and another, TSB Bank plc v. Walker* [1992] BCLC 603, in cui la Corte ha considerato un patto relativo all'esercizio del diritto di voto invalido perché era “injurious to a creditor's interests”.

³⁴⁵ Cfr. *Clemens v. Clemens Brothers Ltd* [1976] 2 All ER 268, secondo cui “the holders of a majority of the shares in a company must not use their voting power to oppress the minority”.

³⁴⁶ MASON-FRENCH-RYAN, *Company law*, 2005, Oxford, University press, p.519 ss; GOWER, DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, London, Sweet & Maxwell, 2003, p.371 ss; FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, London, Oxford University press, 1999, p.125 ss: Il modello societario dell'ordinamento anglosassone stabilisce l'interesse della società nell'interesse della collettività dei soci, *as a whole*, quello che comporta, sia, l'assenza di considerazione per i diritti

2.2 Il rapporto tra diritto societario e diritto dei contratti

Secondo la dottrina inglese, il fenomeno contrattuale dei shareholder's agreements “cannot be considered in isolation, because it is inextricably linked to a company's articles of association”.³⁴⁷

La relazione tra i due piani, contrattuale e societario, si manifesta pertanto laddove si consideri quale sia, nell'ordinamento di *common law*, la legge nel cui appare più opportuno collocare la figura dei *shareholders' agreements*.

Quando commenta il principio secondo il quale “all matters concerning the constitution of a corporation are governed by the law of the place of the incorporation”, la dottrina ritiene che nell'ambito di applicazione della *lex societatis* rientrino delle materie connesse all'*internal management* di una società, come ad esempio la composizione ed i poteri dei vari organi della società, o l'abilità della società di fare una distribuzione degli utili ai suoi membri.³⁴⁸

Per quanto riguarda i “members' contract of membership”, la dottrina sostiene che la competenza della *law of the place of incorporation* sarebbe in questo caso, per motivo di una scelta implicita di questo sistema, the *governing law of the contract*.³⁴⁹

Questo riferimento alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, e dunque alla Convenzione di Roma, la quale avrebbe effetto in queste materie, si scontra però con l'espressa esclusione del diritto societario della Convenzione (art.1, lett. e). Si riporterebbe allora tra gli atti necessari “to the regulation of the internal organisation”, i diritti di voto, il quorum e la designazione degli amministratori della società, cioè aspetti strettamente collegati con il nucleo del diritto societario e

individuali dei soci, sia, una minore attenzione nella disciplina della *governance* della società agli interessi di altri gruppi che possano essere interessati all'attività societaria, ossia i creditori sociali.

³⁴⁷ STEDMAN-JONES, *op.cit.*, p.14.

³⁴⁸ Cfr. DICEY, MORRIS, *The conflict of Laws*, 14 ed., vol.2, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 1345.

³⁴⁹ *Ibidem*

per questo motivo, sarebbero esclusi dall'ambito di operatività della disciplina della Convenzione di Roma.³⁵⁰

Invece, quando si debba affrontare l'individuazione della legge applicabile ad una specifica obbligazione contrattuale, anche se attinente alla materia delle società, si ritenga che “in so far as these questions involve the need to determine the law applicable to a particular contractual obligation, common law choice of law rather than the Convention rules must be used”.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 1537: “The law governing contractual obligations is determined, in general, by the provision of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations to which effect has been given by the Contracts Act ”

Sezione seconda: Il ruolo dei patti parasociali nella prassi del controllo delle imprese comuni considerate quali concentrazioni

1. Ostacoli iniziali

Abbiamo visto nel capitolo primo che la figura dei patti parasociali non poteva essere tipologicizzata in modo perentorio nella disciplina contrattualistica o in quella societaria. In effetti, questi patti presentano tuttora delle caratteristiche derivanti da entrambe le discipline e quindi si muovono all'interno delle due categorie legali senza escludere né l'una, né l'altra. La stessa cosa accade per quanto riguarda il diritto europeo della concorrenza che rintraccia elementi di diversi ambiti giuridici.

Conviene ora di esaminare il rapporto che i patti parasociali intrattengono con il diritto europeo della concorrenza e, in prima istanza, di superare gli ostacoli che risultano dal ravvicinamento della figura giuridica dei patti con la disciplina particolare del diritto antitrust.

1.1 I patti parasociali nel diritto della concorrenza: un'importanza accessoria?

In primo luogo, una difficoltà iniziale pare legata all'assenza di regime generale dei patti parasociali nel diritto europeo della concorrenza. Questo diritto non tratta i suddetti patti in un modo specifico. In effetti, la natura del diritto della concorrenza gli consente di occuparsi di tutti i fatti e atti giuridici, a prescindere della loro qualificazione e della loro natura giuridica, purché siano suscettibili di esercitare una influenza pro o anti-concorrenziale. In questo senso, il diritto della concorrenza non si preoccupa specificamente dei patti parasociali in quanto tali, ma se ne occupa soltanto come qualsiasi atto (convenzione) o fatto (una pratica concordata), unilaterale (ad esempio una decisione di stracciare i prezzi) o multilaterale (un'intesa) dal momento che abbia un effetto sul gioco della concorrenza.³⁵¹

³⁵¹ LESGUILLONS, Le droit de la concurrence et les accords entre actionnaires in *Revue de droit des affaires internationales*, 2005, n°2, p.154.

In altri termini, per il diritto della concorrenza, un patto parasociale sussiste solo in quanto veicolo il cui interesse si concentra in via esclusiva sul contenuto che esso trasporta. Pertanto, se le condizioni cui il patto è composto, riducono o modificano una situazione di concorrenza, questo patto sarà preso in considerazione dal diritto della concorrenza e quindi saranno esse stesse oggetto di analisi dell'autorità garante della concorrenza competente o del giudice nell'elaborare le loro decisioni. Sarà così necessario valutare il contenuto del patto e gli effetti che esso produce sul mercato, non tanto la sua implicita natura giuridica, al fine di stabilire se lo stesso ricada nell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza.

Allo scopo di superare questa barriera nello studio dei patti parasociali nel diritto antitrust, bisogna ridurre concettualmente la portata di quest'argomento.

In effetti, indubbiamente il diritto della concorrenza non tratta in un modo particolare i patti parasociali, bensì li tratta come qualsiasi altro atto giuridico. Tuttavia, è importante sottolineare che, *in concreto*, i patti interessano molto le autorità poste a garanzia della concorrenza. Ad esempio, sembra difficile immaginare che prima di prendere una decisione in materia di concentrazioni o in relazione agli articoli 101 e 102 del TFUE, le suddette autorità si accontentino di analizzare gli statuti di una società senza leggere i patti parasociali sottoscritti da essa. E' così vero che nelle normative europee relative al diritto antitrust, si fa esplicitamente riferimento ai patti.

Ne consegue che i patti parasociali costituiscono degli atti giuridici che dovranno essere comunicati alle autorità della concorrenza in caso di concentrazione o di indagine a seguito dell'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE.³⁵² Un patto parasociale può essere quindi considerato come uno strumento giuridico rilevante, il cui contenuto potrà assistere le autorità della concorrenza nello scoprire le pratiche anticoncorrenziali delle imprese.

352 Il diritto comunitario non impone esplicitamente e direttamente questo documento nel formulario Co ma vi accenna implicitamente all'art.3.2 del Regolamento sulle concentrazioni.

1.2 I patti parasociali nel diritto della concorrenza: un argomento troppo ampio?

Un altro aspetto di difficoltà può essere rilevato come conseguenza di quanto finora esposto sulla marginalità dei patti parasociali nella normativa concorrenziale europea.

Partendo dal presupposto che la categoria dei patti parasociali sia indifferente al diritto della concorrenza, i suddetti patti saranno in relazione con questo diritto e alla sua relativa applicazione soltanto se generano delle situazioni o dei comportamenti che questo diritto possa regolare.

Un patto parasociale può creare di fatto innumerevoli situazioni, l'una diversa dall'altra. Perciò, per lo meno in teoria, tutte le regole antitrust possono applicarsi ad un patto parasociale, vale a dire le regole sugli abusi di posizione dominante, le regole sulle intese illegali, le regole legate alle concentrazioni, o addirittura, le regole sugli Aiuti di Stato. L'argomento sarebbe, di conseguenza, molto ampio perché si applicherebbe a tutte le situazioni nonché a tutte le regole dei diversi ambiti.

Nel contesto di questa tesi, questo argomento deve essere respinto con forza. In realtà, il primo scopo di questo lavoro è di concentrare l'attenzione e la ricerca sugli stretti rapporti tra il diritto della concorrenza e la figura dei patti parasociali, cioè di analizzare le interazioni specifiche tra la disciplina antitrust e la categoria dei patti. Occorre pertanto prendere in considerazione le diverse *meta-strutture* del diritto della concorrenza e confrontarle con i patti parasociali. L'utilizzazione di questi patti sarà, certamente, più frequente in caso di concentrazione rispetto all'ipotesi di un'indagine in merito ad uno sfruttamento di una posizione dominante. Nonostante questo dato di fatto, la pertinenza nell'esaminare le situazioni più rare, a seconda delle quali vi sia una connessione tra una convenzione parasociale e delle regole antitrust non legate alle concentrazioni, non può essere messa in dubbio. Infatti, le imprese stesse devono essere consapevoli delle regole antitrust quando sottoscrivono un patto tra azionisti anche se quest'ultimo non attua un'operazione di concentrazione.

A sostegno di questa tesi vi è il fatto che eventuali violazioni delle leggi antitrust producono un aggravio di sanzioni, per le imprese e gli individui responsabili, con riferimento ad un qualunque illecito societario.

Al di là di questo argomento, il presente lavoro di ricerca ha inoltre lo scopo di evidenziare l'importanza della redazione di un patto parasociale alla luce di tutte le materie del diritto della concorrenza.

Risulta utile, infine, capire che le interazioni specifiche risultano dalla ragione di essere della sussistenza di un patto parasociale. A supporto, cito due autori che espongono, ad esempio, le ragioni per cui le partecipanti ad un'impresa comune decidono di stipulare un accordo tra soci che sta alla base di una joint venture:

“The negotiation of a shareholders’ agreement is (...) an exercise of anticipation of probable situations, of prevention of conflicts, of organization of powers to seek a subtle equilibrium between the actors of this multipolar world”.³⁵³

Un esperto in diritto della concorrenza sarà subito attento al significato delle parole “*anticipation of probable situations*” tra i soci e tra questi e l'impresa comune, e ancora di più allo sguardo dei termini “*to seek a subtle equilibrium between the actors of this multipolar world*”.

Questa definizione relativa all'anticipazione delle situazioni tra imprese potrà di sicuro far pensare a degli atti diretti a coordinare le strategie di mercato delle stesse imprese. La conformità di tale coordinamento alla luce del diritto della concorrenza dovrà essere effettuato e le amministrazioni antitrust nazionali o internazionali saranno più che diffidenti verso questo tipo di ravvicinamento delle politiche tra imprese.

Nel quadro di una indagine antitrust, le suddette autorità considereranno quindi i patti come uno strumento privilegiato in cui le informazioni concernenti le strategie

353 CURTIS, TROCHON, *Négociation et rédaction des pactes d'actionnaires / Negotiating and drafting shareholders' agreements*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2005, n°2, p.136

di cooperazione delle politiche commerciali tra imprese potranno essere svelate. Ben più che gli statuti delle imprese, il cui contenuto non è così differente in linea di massima tra una società e l'altra, i patti parasociali saranno oggetto di un'attenzione particolare delle autorità perché accerterà la vera qualificazione dell'operazione nel suo insieme.

Altresi, la sezione seguente esaminerà in quale maniera un patto parasociale può influenzare l'applicazione delle regole antitrust, più particolarmente nell'ambito del regolamento sulle concentrazioni.

2. La contribuzione all'applicazione delle regole sulle concentrazioni

Questa sezione affronta il punto cruciale circa il ruolo determinante che un patto parasociale può giocare nell'applicazione delle regole del diritto della concorrenza. Si pensi soprattutto all'applicazione delle regole sulle concentrazioni ed in particolare, alle regole in materia di joint venture o impresa comune.

2.1 I patti parasociali nella valutazione dell'impresa comune a pieno titolo sotto il profilo del Regolamento sulle concentrazioni.

Il Regolamento 139/2004 recita all'articolo 3,4. che “la costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma, è considerata come una concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b).”.

Ai sensi dell'art. 1, lettera b), “si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito: (...) dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o d'elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese”.

Secondo questi due articoli, due condizioni devono essere compiute affinché l'accordo di joint venture sia assoggettato al Regolamento sulle concentrazioni:

- L'acquisto di un controllo congiunto su un'impresa comune e,
- Il fatto che quest'impresa comune svolge in maniera duratura tutte le funzioni di un'entità economica autonoma (vedere sopra per i criteri dell'impresa comune a pieno titolo).

La prassi decisionale della Commissione europea dimostra in modo significativo che il patto parasociale possa giocare un ruolo molto importante per dimostrare la sussistenza di un controllo congiunto e anche le conseguenze delle modifiche della qualità del controllo.

2.1.1 L'acquisto di un controllo congiunto

Si ha un controllo congiunto quando due o più imprese (generalmente le imprese madri dell'impresa comune) hanno la possibilità di influenzare in modo determinante le decisioni strategiche di un'altra impresa (generalmente l'impresa comune). L'esercizio della detta influenza si manifesta soprattutto nella possibilità di bloccare le decisioni strategiche per l'impresa. Perciò, gli azionisti sono costretti a cooperare tra di loro.³⁵⁴

Nella Comunicazione 1998 relativa alla nozione di concentrazione,³⁵⁵ la Commissione menziona i patti parasociali al fianco dell'acquisto dei diritti di proprietà tra gli elementi importanti, ma non necessariamente sufficiente, per determinare se vi è un controllo di un'impresa su un'altra.

Così, qualora le imprese fondatrici siano ad un livello di parità dei diritti di voto o di nomina dei membri negli organi decisionali dell'impresa comune e che abbiano concluso un patto parasociale, tale patto non può contraddire il principio di uguaglianza tra le imprese madri. Dovrà stabilire, ad esempio, che ciascuna delle

³⁵⁴ Causa T-282/02, *Cementbouw c. Commissione*, sentenza del Tribunale di primo grado, 23 febbraio 2006, §67.

³⁵⁵ GU 1998, C1/66.

imprese fondatrici ha diritto allo stesso numero di rappresentanti in seno agli organi di gestione e che nessuno di essi disponesse di un voto preponderante.³⁵⁶

Nel caso *Fortis/Caixa* in cui le imprese madri avevano costituito un'impresa comune per il mercato spagnolo degli assicurazioni, la Commissione giunse alla conclusione che le parti possedevano nello statuto della nuova società dei diritti totalmente identici e che il patto parasociale non modificava nulla questa situazione di parità poiché non concedeva all'una o l'altra delle imprese madri un diritto di voto predominante che pertanto sarebbe stata controllata in modo congiunto da Fortis e Caixa.³⁵⁷

Simmetricamente, vi può essere controllo congiunto sebbene non vi sia una posizione paritetica delle due imprese fondatrici per quanto attiene ai diritti di voto o la rappresentanza negli organi decisionali o quando vi siano più di due imprese madri. Questo principio si applica qualora gli azionisti di minoranza godano di diritti aggiuntivi che consentono loro di porre il veto sulle decisioni che sono cruciali per determinare la strategia commerciale dell'impresa comune. Occorre esaminare le nozioni di "azionisti di minoranza".

A tal proposito, la conclusione di un patto parasociale può giocare un ruolo essenziale in due casi distinti.

Primo, un diritto di veto può essere stabilito da un patto parasociale tra le imprese fondatrici. Questo diritto di veto può essere reso operante nel prevedere un quorum per le decisioni da prendere in sede di consiglio d'amministrazione o di assemblea quando le imprese madri sono rappresentate nell'organo stesso. Inoltre, il diritto di veto può essere presente quando le decisioni strategiche devono essere approvate da un organo specifico tale il consiglio di sorveglianza, nel quale gli azionisti di minoranza sono rappresentati e la loro presenza è necessaria per raggiungere il quorum indispensabile per la validità delle decisioni.

³⁵⁶ Vedi ad esempio, caso COMP/M.3097 *Maersk Data/Eurogate* It del 12 marzo 2003.

³⁵⁷ Caso COMP IV/M 250, *Fortis/Caixa*, del 5 novembre 1992.

A tal riguardo, i diritti di veto devono riferirsi alle decisioni strategiche dell'attività impresa comune e quindi devono andare oltre i diritti abitualmente conferiti alle azioni di minoranza per tutelare i loro interessi. Ad esempio, non vi è un controllo congiunto quando un azionista di minoranza ha un diritto di veto per impedire la vendita o la liquidazione dell'impresa comune.³⁵⁸

Nel caso *Thomson*, la Commissione autorizzi l'acquisizione da parte di Thomson-CSF di circa 25% delle azioni di Indra, una controllata del gruppo spagnolo Teneo. Nonostante tale partecipazione di minoranza, che era anche dimostrata nella composizione del consiglio di amministrazione, la Commissione rilevi che "...important matters are subject to the joint approval of both Thomson and Teneo. Such matters include the appointment and removal of CEOs, the annual approval of strategic and budget plans..." e ne risultava che "Indra will operate under the joint control of Thomson-CSF and Teneo and that therefore the operation constitutes a joint venture within the meaning of Article 3 of the Merger Regulation".³⁵⁹

La decisione *Endesa*³⁶⁰ riguarda l'ingresso della detta società nel capital di SNET, una controllata di CDF. La Commissione giunse alla conclusione che l'acquisizione di 30% delle quote di SNET conferiva a Endesa un controllo congiunto con CDF perché le relazioni tra le due parti erravano determinate da un patto parasociale secondo cui le due imprese madri dovevano essere d'accordi sulle decisioni relative alla strategia commerciale dell'impresa comune. Endesa aveva così un diritto di veto su alcune decisioni, *inter alia*, sull'approvazione di un business plan, del budget nonché sugli investimenti superiori a EUR 10 milioni. Situazione simile nel caso *CAT* dove il patto parasociale permetteva ad alcuni azionisti di minoranza di godere di un controllo congiunto sull'impresa comune.³⁶¹

³⁵⁸ Caso COMP/IV/M.062 *Eridania/ISL* del 30 luglio 1991.

³⁵⁹ Caso COMP IV/M. 620 *Thomson-Teneo-Indra* del 22 agosto 1995.

³⁶⁰ Caso IV/CECA.1352 *Endesa/CFD/SNET* del 17 aprile 2001.

³⁶¹ Caso COMP/M. 2411, *Cat/autologic/TNT/wallenius*, del 27 giugno 2001.

Secondo, la pratica decisionale della Commissione europea prende anche in considerazione l'accordo vincolante, fuori dallo statuto, tra azionisti di minoranza che si uniscono al fine di detenere congiuntamente la maggioranza dei diritti di voto. Questo patto parasociale concluso tra gli azionisti di minoranza permetterà a quest'ultimi di agire di comune accordo mediante un'azione concordata, la c.d. "action de concert". Tale possibilità include una grande varietà di situazioni, come ad esempio, la creazione di una società di partecipazione finanziaria (holding) alla quale gli azionisti di minoranza trasferiscono i loro diritti di voto oppure un semplice accordo tra loro di agire in modo uniforme. L'esistenza di interessi comuni forti tra gli azionisti di minoranza può essere esaminata alla luce di un elevato grado di dipendenza reciproca tra le imprese fondatrici per raggiungere gli obiettivi della joint venture. Questo avviene quando ciascuna società madre fornisce all'impresa comune un contributo indispensabile al suo funzionamento tale una tecnologia specifica o un certo know-how.³⁶²

Nel caso *Ascott*, la Commissione ha valutato il controllo congiunto delle imprese fondatrici sull'impresa comune a favore della conclusione di un patto parasociale: "...each of them will have veto rights over the appointment and removal of the president of the Board and the adoption of strategic decisions, including the approval of the business plan and annual budget. Nella fattispecie, il patto parasociale stipulato tra le parti ha avuto la prevalenza sull'opzione di vendita delle quote ("call option") perché secondo quest'ultimo, l'opzione "does not constitute a legally binding agreement whereby joint control by the parties will be converted to sole control by Ascott and it remains uncertain whether it will be exercised".³⁶³

Qualora l'accordo tra gli azionisti di minoranza non sia stabile ma che vi sia una variabilità delle alleanze, non sussiste in linea di principio un controllo congiunto.³⁶⁴

³⁶² Caso COMP/JV.55 *Hutchinson/RCPM*/ECT del 3 luglio 2001; caso IV/M.553 *RTL/Veronica/endemol* del 20 settembre 1995.

³⁶³ Caso COMP/M.3068 *Ascott/Goldman Sachs/Orville* del 13 febbraio 2003

2.1.2 Modifiche della qualità del controllo

In alcune circostanze, un patto parasociale può modificare la qualità del controllo sull'impresa comune perciò dare luogo ad una nuova operazione di concentrazione che va notificata alla Commissione europea.

Ad esempio, si ha un cambiamento della qualità del controllo se l'operazione determina un aumento del numero degli azionisti di controllo oppure un cambiamento della loro identità, o ancora, se gli azionisti decidono di porre fine al patto parasociale. Quest'ultima ipotesi si è realizzata nel caso *CNH/FHE*³⁶⁵, dove il recesso del patto parasociale ha provocato un passaggio dal controllo esclusivo al controllo congiunto poiché CNH aveva di seguito ottenuto la maggioranza delle quote (57%) nell'impresa comune e quindi aveva un'ampia discrezione sul business plan.

La riduzione del numero degli azionisti associato al mantenimento del patto parasociale vigente è suscettibile di condurre ad una nuova acquisizione del controllo da parte di uno degli azionisti. La decisione *Avesta II*³⁶⁶ illustra questa possibilità. Il numero degli azionisti è passato da quattro a tre. In virtù del patto parasociale rimasto in vigore, uno degli azionisti ha acquisito dei diritti di veto negativi. In questo caso specifico, la Commissione consideri che il controllo congiunto era mantenuto tra i tre ultimi azionisti: “the existing shareholders’ agreement will continue in operation following the exit of Axel Johnson. Consequently, the agreement of all of British Steel, NCC and AGA will now be required for major decisions”. Tuttavia, la Commissione osservi che questa riduzione modificava la qualità del controllo: “Therefore, AGA will have its position in Avesta changed significantly by the exit of Axel Johnson as it will gain the ability to exercise a negative veto right”. Questa modifica ha fatto quindi rientrare l'operazione nel Regolamento Concentrazioni e perciò è stata notificata presso la Commissione europea.

³⁶⁴ Caso IV/JV 12 *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola* del 22 dicembre 1998.

³⁶⁵ Caso COMP/M.2369, *CNH/FHE*, del 18 maggio 2001.

³⁶⁶ Caso N° IV/M.0452, *Avesta II* del 9 giugno 1994.

Ormai, la Commissione ha cambiato la sua posizione al riguardo e, di norma, un'operazione che comporti una riduzione del numero degli azionisti che hanno il controllo congiunto senza dar luogo ad un controllo esclusivo, non determinerà una concentrazione soggetta a notifica.³⁶⁷

Questo approccio pare più coerente e permette alle parti di non dovere notificare di nuovo la detta operazione perché non vi è un cambiamento qualitativo tra le parti.

3. Il patto parasociale quale strumento che rivela l'oggetto o l'effetto anti-competitivo dell'operazione

Un patto parasociale è frequentemente l'atto giuridico di cui la lettura permette di svelare le intenzioni delle imprese fondatrici dell'intera operazione. Un oggetto o un effetto anti-concorrenziale contenuto nel patto farà ricadere il suddetto patto e l'operazione alla quale si riferisce nel divieto delle restrizioni al libero gioco della concorrenza nel mercato interno. Invero questa possibilità si applicherà sia alle imprese comuni a pieno titolo che quelle a titolo parziale nonché gli accordi che abbiano ancora dato luogo ad un'impresa comune ai sensi della pratica comunitaria.

3.1 Le restrizioni accessorie necessarie per il funzionamento dell'impresa comune

Come è stato menzionato di cui sopra, gli accordi tra azionisti comportano assai spesso delle restrizioni di concorrenza che le imprese fondatrici considerano come indispensabili all'andamento corretto della joint venture. Al contrario dell'esame delle intese, l'analisi dalla Commissione relativa alle restrizioni necessarie ad un'operazione di concentrazione è facilitato dalle linee direttrici contenute nella Comunicazione sulle restrizioni direttamente collegate e necessarie alle concentrazioni.³⁶⁸

³⁶⁷ *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale, GU, C 95/1, 16 aprile 2008, para.90.*

³⁶⁸ *Comunicazione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, GU 2005, C.56/24.*

Questa Comunicazione ha un ampio ambito nel senso che si riferisce a tutti gli accordi che contribuiscono all'acquisizione del controllo o a condurre alla costituzione di un'operazione di concentrazione, nonché a tutti gli altri accordi tra le parti alla concentrazione che, senza essere integrata nella detta concentrazione, siano in grado di restringere la libertà d'azione delle parti sul mercato rilevante. I patti parasociali, quale accordi aggiuntivi ad un'operazione di concentrazione, sono comunque sottoposti ad una attenta valutazione da parte della Commissione. Questo ragionamento è stato dimostrato nel caso *Rhône Poulenc*³⁶⁹ in cui un patto parasociale menzionava una clausola di non-concorrenza tra le parti che è stata ulteriormente valutata positivamente dalla Commissione ai sensi di una restrizione accessoria alla concorrenza.

Occorre ricordare che il patto parasociale può integrare una vasta gamma di restrizioni ed alcune possono essere viste come accessorie dalle autorità competenti, e quindi beneficiare di un regime d'approvazione implicita, mentre altre saranno considerate sensibili e saranno valutate alla luce degli articolo 81 e 82.

Ad esempio nel caso *Cegetel*, il patto comportava due clausole considerate quali accessorie dalla Commissione:

1. Una clausola di non-concorrenza sottoscritta dagli azionisti di Cegetel a favore di quest'ultima;
2. Una clausola di fornitura preferenziale a favore degli azionisti applicandosi ai contratti di natura commerciale conclusi da Cegetel.

Per contro, il mantenimento di un rapporto di distribuzione esclusivo con Concert è stato confermato come un elemento ricadendo nel disposto dell'art.81(1) ed è stato parte integrante dell'operazione di ristrutturazione solo in virtù di un esenzione individuale ai sensi dell'art.81(3).³⁷⁰

³⁶⁹ Caso COMP IV/M.206 *Rhône/Poulence* del 10 agosto 1992

³⁷⁰ Caso *Cegetel* GU 1999, L 14/218, del 20 maggio 1999

3.2 Le pratiche restrittive in caso di partecipazione azionaria nel capitale di un concorrente

Il caso *Philip Morris*³⁷¹ è una fattispecie che pare importante di analizzare in profondità.

Nel 1981, due produttori di sigaretta, Reynolds (3% del mercato UE) e British American Tobacco (10% del mercato UE) avevano denunciato presso la Commissione degli accordi tra Rembrandt, una società di investimenti proprietaria della holding Rothmans Tobacco che deteneva se stessa una partecipazione molto importante nel capitale del produttore di sigarette Rothmans International (12-15% del mercato UE) – e Philip Morris (11-14 mercato UE).

Gli accordi conducevano Philip Morris a diventare proprietario della metà degli azioni di Rothmans holding e della metà degli obbligazioni convertibili Rothmans International posseduto da Rembrandt.

Inoltre, il collegamento tra Rembrandt e Philip Morris era rafforzato tramite una serie di impegni:

- Philip Morris otteneva delle licenze relative al delle marche commerciali in America ed in Sud Africa;
- Le due parti avevano previsto un diritto di rifiuto preliminare che poteva essere esercito qualora l'una delle parti avesse proposta di cedere, nelle condizioni normali del mercato, la partecipazione nel capitale di Rothmans;
- Le due parti intendevano continuare a farsi concorrenza su certi mercati essenziali e la comunicazione a Philip Morris di informazioni relative a Rothmans International non poteva comprendere i dati concernenti la concorrenza;
- Vi era una clausola di cooperazione negli accordi che stabiliva che le parti sfrutterebbero i vantaggi potenziali che risulterebbe della cooperazione nei settori tali la distribuzione e la

fabbricazione in comune, la conoscenza e la ricerca tecnica, etc.
Il venditore avrebbe dovuto concedere a Rothmans International di partecipare agli sforzi di cooperazione.

Questi accordi non potevano non incidere sulla concorrenza tra le parti, *inter alia*, sul mercato dell'Unione Europea. Di conseguenza, la Commissione inviò una lettera alle parti dichiarando che questi accordi erano in contraddizione sia con il divieto delle intese restrittive della concorrenza (articolo 81) che con la proibizione dell'abuso di una posizione dominante su un mercato rilevante (articolo 82).

L'articolo 81 era stato trasgredito poiché, da una parte, le parti avrebbero avuto numerose opportunità e motivi di coordinare la loro condotta commerciale sul mercato, e dall'altra parte, nessuna esenzione ai sensi dell'art.81(3) poteva essere concessa.

Gli accordi pregiudicavano anche l'articolo 82 nella misura in cui Rothmans era già in posizione dominante nel Benelux e Rembrandt avrebbe sfruttata questa posizione dominante obbligando Philip Morris, molto meno presente sul suddetto mercato, di coordinarsi con Rothmans International.

A seguito delle osservazioni della Commissione, le parti hanno modificati i loro accordi. Ormai, Philip Morris si accontenta di una partecipazione diretta di 30,8% nel capitale di Rothmans International, ciò che rappresenta 24,9% dei diritti di voto mentre Rembrandt, con la stessa partecipazione le detto capitale, dispone di 43,6% dei diritti di voto.

Gli accordi contenevano delle clausole secondo le quali ciascun delle parti disponeva di un diritto di rifiuto preliminare se l'altra società abbia l'intenzione di vendere il suo portafoglio di azioni. Nel contempo, Rembrandt e Philip Morris hanno presi diversi impegni presso la Commissione. In particolare, Philip Morris si è impegnato a:

- Non avere nessun rappresentante negli organi di direzione di Rothmans International per quanto riguarda la condotta delle operazioni nel settore del tabacco nell'UE;

³⁷¹ T-142 e 156/84, *British American Tobacco Ltd e R.J. Reynolds Industries Inc v Commission*, GU

- Non cercare di ottenere delle informazioni su Rothmans suscettibile di incidere sul comportamento concorrenziale delle società appartenenti al suo gruppo nell'UE;
- Non fare una fusione o ravvicinarsi a delle attività relative al settore del tabacco nell'UE ed a mantenere l'autonomia dei reti e delle azioni dei due gruppi, tra l'altro, in materia di distribuzione, commercializzazione e informazioni avendo carattere concorrenziale.

Siccome Reynolds e BAT avevano mantenuto la loro denuncia perché, a seconda dei loro argomenti, l'acquisizione da un'impresa di una partecipazione finanziaria importante nel capitale di un'impresa concorrente, sarebbe *per se* di natura a pregiudicare la concorrenza, la Commissione pubblicò nel 1984 una decisione respingendo questi argomenti.

Le suddette parti hanno impugnato questa decisione presso il tribunale di primo grado a Lussemburgo. Il Tribunale ha deciso che le stipulazioni accessorie all'accordo, tali i patti parasociali, erano suscettibili di trasformare una partecipazione di minoranza in acquisizione del controllo.

Il fatto che un'impresa acquisisca una partecipazione al capitale di un'impresa concorrente, anche se non costituisca di per se una partecipazione al capitale di un comportamento che restringe la concorrenza, può tuttavia costituire un mezzo idoneo per incidere sul comportamento commerciale delle imprese in questione, in modo da restringere o da alterare il gioco della concorrenza sul mercato sul quale dette due imprese svolgono le loro attività commerciali.³⁷² Ciò avverrebbe in particolare se, mediante l'acquisto della partecipazione o mediante clausole accessorie dell'accordo, l'impresa che investe ottiene il controllo di diritto o di fatto del comportamento commerciale dall'altra impresa o se l'accordo contempla la collaborazione commerciale fra le imprese o crea strutture atte ad agevolare tale collaborazione. Ciò può del pari avvenire qualora l'accordo riservi all'impresa che

1987.

³⁷² Caso T-25/95 ed altri, *Cimenteries and others v Commission* GU , [2000] ECR II-491, §37.

investe la possibilità di rafforzare, in un secondo tempo, la propria posizione prendendo il controllo effettivo dell'altra impresa.

Occorre tener conto non solo degli effetti attuali dell'accordo ma anche dei suoi effetti potenziali e della possibilità che esso rientri un progetto a più lungo termine.³⁷³

3.3 Il patto parasociale che rivela l'esistenza di un cartello

Nella misura in cui un cartello è per sua natura un organizzazione confidenziale con pochissime tracce scritte, non stupisce che vi siano pochi esempi dove un patto parasociale gioca un ruolo importante nella creazione o l'andamento di un cartello. Vi è tuttavia un caso rilevante relativo ad un'intesa tra produttori di cemento, durante la quale le imprese avevano costituito un'impresa comune, la "Joint Trading Company" Interciment SA.³⁷⁴

Nella sua decisione, la Commissione rilevò che vi era un accordo tra le imprese fondatrici, i c.d. azionisti, al fine che quest'impresa comune "dormiente" sia pronta a diventare operativa a qualsiasi momento e possa essere utilizzata come una minaccia contro i produttori greci e contro tutti gli altri membri del sindacato dei produttori di cemento che vorrebbero non rispettare le regole del mercato domestico.

Quindi, è nel patto parasociale concluso tra le imprese madri che la Commissione si è basata per trovare gli elementi intenzionali costitutivi dell'infrazione.

Le parti hanno impugnato questa decisione innanzi il Tribunale di primo grado, contestando il fatto che non era possibile avvalersi degli statuti dell'impresa comune per determinare la sussistenza di un'infrazione alle regole della concorrenza, perché erano in linea con gli statuti standard emanati dalla Camera dei Notai di un cantone svizzero.³⁷⁵

Il Tribunale non ha seguito questa teoria perché ha enunciato che l'obiettivo anticoncorrenziale conferito all'impresa comune non si trovava ovviamente nei

³⁷³ *Ibid.*, §39.

³⁷⁴ Caso IV/33.126 *Cement*, GU 1994, L 343.

³⁷⁵ Caso T-25/95 ed altri, *Cimenteries and others v Commission* GU, [2000] ECR II-491.

suoi statuti bensì nella delibera tra gli azionisti riferita nel patto parasociale. Il patto parasociale conteneva pertanto l'oggetto anticompetitivo dell'impresa comune dando luogo di conseguenza alla proibizione dell'insieme dell'operazione.

3.4 Un patto parasociale in quanto elemento dello sfruttamento di una posizione dominante

Gli esempi relativi ai patti parasociali che possano dimostrare l'esistenza dell'abuso di una posizione dominante sul mercato geografico e merceologico interessato sono, anche in questo caso, pochi.

Nonostante questa premessa, niente impedisce ad un patto parasociale di far scattare l'applicazione delle regole dell'articolo 82 dal momento che il detto patto sia lo strumento usato delle parti già in una posizione forte su un mercato al fine di non comportarsi in linea con le regole concorrenziali del mercato europeo.

Nel caso *Philip Morris*, la Commissione giunse alla conclusione che gli accordi iniziali tra le parti, cioè quelli che sono stati modificati a seguito della valutazione della Commissione, non rispettavano sia le regole relative al divieto delle intese anticoncorrenziali che le regole contenute nell'art.82.

Infatti, Rothmans holding, mediante Rembrandt, e Rothmans International erano, prima di concludere i detti accordi con Philip Morris, in una posizione dominante sui mercati della vendita di sigaretta in Belgio e Lussemburgo da un lato, e su quello medesimo mercato della vendita di sigaretta in Olanda, vale a dire, due mercati sostanziali del mercato comune. Rothmans avrebbe sviluppato un abuso della sua posizione dominante qualora gli accordi con Philip Morris fossero stati approvati nella misura in cui Philip Morris, che era un attore maggiore sui suddetti mercati del Benelux, sarebbe stato obbligato di coordinare in modo sensibile le sue attività commerciali con Rothmans International.

Inoltre, la Commissione rilevò che l'importanza combinata delle quote di mercato detenute da Rothmans e Philip Morris avrebbe condotto ad un coordinamento anticoncorrenziale svolto a stabilire una maggiore indipendenza dalle due imprese nei confronti dei loro concorrenti e clienti.

Pertanto, le due parti sarebbero state in una posizione dominante collettiva su due mercati distinti e sostanziali dell'Unione europea. Philip Morris avrebbe abusato dalla sua posizione dominante nell'attuare l'acquisizione delle azioni di Rothmans International, nell'implementare l'accordo di cooperazione nonché nell'intensificare la sua politica di coordinamento con Rothmans International nei mercati interessati.

Per contro, dopo che Rothmans e Philip Morris avessero tenuto conto delle osservazioni emanate dalla Commissione, i nuovi accordi non erano più suscettibili di incidere sulla concorrenza, non avendo più ad oggetto lo sfruttamento di una posizione dominante nei mercati delle sigarette in Benelux, poiché i nuovi accordi non permettevano a Philip Morris di controllare le attività commerciali di Rothmans International. Così la Corte ha concluso che “per quel che riguarda l'art.86 del trattato, dopo le considerazioni sopra esposte non è più necessario accertare fino a qual punto la Rothmans International occupi una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune. Si potrebbe infatti configurare un abuso di questa posizione solo se la partecipazione di cui trattasi si traducesse in un controllo effettivo dell'altra impresa o quanto meno in un'influenza sulla politica commerciale della stessa. Emerge dall'esame relativo all'art.85 che un siffatto effetto degli accordi del 1984 non è provato. E' quindi opportuno respingere anche il mezzo basato sull'art.86”.³⁷⁶

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La trattazione del tema ha visto che le imprese comuni possono essere oggetto di una valutazione diversa a seconda degli effetti che comportano su un determinato mercato.

Inizialmente, la Commissione ha sviluppato un approccio che le permettesse di esercitare uno stretto controllo sulle attività delle imprese comuni nell'ambito degli articoli 81(1) e 81(3) del Trattato. Infatti, le parti coinvolte nella costituzione di una joint venture senza dare luogo alla creazione di un'impresa controllata congiuntamente ai sensi del Regolamento concentrazioni, erano obbligate di notificare l'accordo e erano così subordinate all'ottenimento di una esenzione individuale o per categoria da parte della Commissione se certe condizioni erano rispettate.

Fino alla meta degli anni novanta, la Commissione ha goduto dell'opportunità di tale strumento di controllo per incrementare il numero di casi sottoposti al c.d. controllo delle pratiche restrittive della concorrenza. Quest'approccio era caratterizzato da un'eccessiva tendenza ad ampliare l'ambito di operatività del divieto dall'art.81(1) tramite una valutazione teorica della nozione di concorrente potenziale (o attuale) nel rapporto tra impresa comune e imprese madri.

La pratica dell'analisi della Commissione ha subito poi un'evoluzione, tenendo conto degli effetti economici sul mercato dell'operazione. Questo approccio basato sulla teoria economica, più pragmatico e, soprattutto, in linea con il comportamento commerciale delle imprese ha permesso agli attori economici interessati nell'impresa comune di ricevere un trattamento più favorevole e quindi di ottenere un'esenzione alle regole della concorrenza fondata sulla realizzazione delle condizioni contemplate nell'art. 81(3).

³⁷⁶ T-142 e 156/84, *British American Tobacco Ltd e R.J. Reynolds Industries Inc v Commission*, GU 1987, ECR 04487, §65.

Questo nuovo tipo di analisi è stato poi radicalmente mutato a seguito dall'introduzione del Regolamento 1/2003 che ha dato luogo ad una nuova forma di valutazione nella disciplina concorrenziale comunitaria, la c.d. auto-valutazione. Essa richiede alle imprese che concludono un accordo di effettuare un esame della compatibilità o meno dell'accordo. Non vi è più quindi un sistema di notifica preventiva della bozza dell'accordo presso la Commissione. Vi è ormai un sistema legale e automatico di compatibilità dell'accordo con le regole della concorrenza. L'impresa comune può tuttavia sempre essere l'oggetto di una denuncia qualora non sussista i presupposti per non applicare il divieto ad un accordo che viola il gioco della concorrenza. In questo caso, la Commissione può fare dichiarare la nullità della transazione.

Per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, le regole relative alle operazioni di concentrazione si applicano all'impresa comune nella misura in cui la detta impresa sia a pieno titolo, cioè se sia controllata congiuntamente e se svolga stabilmente tutte le funzioni di un'unica entità economica autonoma. Le funzioni esercitate dall'impresa comune, la sua autonomia rispetto alle imprese fondatrici e la durata per la quale è stata costituita sono i principali criteri di determinazione della natura dell'impresa comune.

Un'impresa comune che raggiunge questi criteri e che provoca anche degli effetti coordinativi tra una delle imprese madri e l'impresa comune sul mercato rilevante, o ancora, degli effetti di ricaduta su un mercato a monte o valle del suddetto mercato, può essere assoggetta ad una doppia applicazione contemporanea delle regole di concorrenza, mediante, da una parte, un esame alla luce del Regolamento concentrazioni, e dall'altra parte, un'analisi sotto il profilo degli accordi anticoncorrenziali. Quest'ultima valutazione riguarda soltanto l'attuale o potenziale comportamento coordinativo delle società madri purché tale coordinamento sia conseguenza diretta della creazione della joint venture. In questo caso, questa doppia valutazione si farà mediante le regole procedurali e sostanziali del Regolamento concentrazioni. Al contrario, qualora i suddetti effetti coordinativi non risultano dal loro collegamento diretto con la costituzione della joint venture, i

comportamenti coordinativi saranno valutati sempre ai sensi dell'articolo 101(1), ma con le regole sostanziali e procedurali della disciplina antitrust.

Concernente il rapporto tra i patti parasociali e l'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza alle imprese comuni, vi è stato dimostrato che i detti patti, cui la figura si muove tra la disciplina societaria e quella contrattuale, assumono una rilevanza specifica nella contribuzione all'applicazione delle regole antitrust.

Occorre ricordare che la validità di alcuni patti è ormai incontestabile dopo che il legislatore nazionale di diversi Stati membri abbia introdotto un riconoscimento normativo della detta figura, almeno per quanto riguarda i sindacati di voto e i sindacati di blocco nonché quei patti relativi al trasferimento o all'acquisto delle azioni o di strumenti finanziari che le concernano. Gli altri patti saranno assoggettati ad una valutazione in concreto dei loro effetti, similmente ad un contratto più "banale".

Sotto il profilo antitrust, i patti permettono di dimostrare che le condizioni necessarie all'esistenza di una joint venture sono riunite, sia nel certificare che vi sia un controllo congiunto dagli azionisti sull'impresa comune, stabilendo ad esempio, dei diritti aggiuntivi a favore degli azionisti di minoranza o attraverso la modifica della qualità del controllo, sia nel costituire un carattere duraturo e autonomo a capo dell'impresa comune.

Inoltre, i patti giocano un ruolo cruciale nella rivelazione dell'oggetto o dell'effetto anticoncorrenziale dell'accordo. Vi possono contenere delle restrizioni compatibili con il diritto della concorrenza, (le c.d. restrizioni accessorie, ossia quelle che sono necessarie e connesse alla realizzazione di un'operazione di concentrazione) o meno, o anche, svelare, al di là dell'impresa comune, l'esistenza di un cartello o di un abuso di posizione dominante che sono le violazioni le più gravi del diritto antitrust perché incidono sulle condizioni del mercato rilevante in modo

particolarmente dannoso e sia i consumatori che le imprese concorrenti sono pregiudicati dal comportamento commerciale dalle imprese interessate.

I patti parasociali, senza essere trattati in quanto tali dal diritto della concorrenza, possono quindi essere al centro delle indagini dalla Commissione, dalle autorità amministrative nazionali o dalla autorità giudiziarie competenti e portando sulle pratiche anticoncorrenziali in un determinato mercato.

INDICE BIBLIOGRAFICO

1. Diritto Italiano

A. Articoli

APELLI M., *Recesso ed inadempimento nelle convenzioni di voto in Contr. e impres.* 1997, p. 68 e ss.

CAMPOBASSO G.F., *Voto di lista e patti parasociali nelle società quotate*, in *Banca e Borsa*, 2002, I, p.126 ss.

CARBONE G. M., *Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto*, in *NGCC*, 1992, p. 49 ss

CARBONETTI F., *I patti parasociali nelle società non quotate alla luce del Testo Unico della Finanza*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 909 ss.

CHIAPPETTA F., *I patti parasociali nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1998, p.988 ss.

COSTI R., *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 25 ss.

COSTI R., *I patti parasociali ed il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p, 200 ss.

FARENGA L., *I contratti parasociali*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1989, II, p.63 ss.

FURFARO V., *Commento all'art. 122* in *Giur. It.*, 1998, p. 1538 ss.

FUSI, A., *I patti parasociali alla luce della nuova disciplina societaria e le possibili applicazioni dei voting trust*, in *Le Società*, 2007, p. 689 ss.

GALGANO F., *Il paradosso dei sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 65 ss.

GRIECO A., *Patti parasociali e riforma societaria*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 525.

KUSTERMANN F., *Osservazioni sui patti parasociali dopo la "Riforma Draghi"*, in *Società*, 1998, p. 910 ss.

LEMME G., *Il voto di lista*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p.374 ss.

LENER R., *Appunti sui patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 5.

LISANTI M., *La nuova disciplina sui patti parasociali di società quotate dopo il Regolamento Consob*, in *Le società*, 1999, pp. 915-918.

MACRI, E., *L'efficacia dei patti parasociali*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2006, II, p. 238 ss.

MAZZAMUTO S., *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 1086 ss.

MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. Comm. Int.*, 2003, p. 128 ss.

OPPO G., *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, p.517 ss.

Id., *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 215 ss.

PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p, 5 ss.

PERNAZZA F., *Brevi riflessioni in tema di contratti parasociali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, p.163 ss.

RESCIO G. A., *La distinzione del sociale dal parasociale*, in *Riv. Soc.*, 1991, p. 596 ss.

Id., *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p.853 ss.

RIOLFO G., *Dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, recenti spunti per una riflessione critica sulla questione della validità dei patti di sindacato*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 73 ss.

RORDORF R., *I sindacati di voto*, in *Le Società*, 2003, p.19 ss.

SANTONI G., *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p.206 ss.

SBISA G., *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 69 ss.

SCHLESINGER P., *Sindacati di voto: oggetto delle clausole*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 419 ss.

SEMINO G., *I patti parasociali nella riforma delle società di capitali : prime considerazioni*, in *Le Società*, 2003, p.345 ss.

SEMINO G., *Il regime di pubblicità dei patti parasociali relativi a società quotate alla luce del T.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6* in *Le Società*, 2003, pp.1459-1464.

SPADA P., *Autorità e Libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir.civ.* 1996, I, p.702 ss.

TORINO R., *Note in tema di efficacia dei patti parasociali di blocco e di contendibilità del controllo societario nell'ordinamento giuridico italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.* 1999, p. 717 ss.

VISENTINI B., *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in 1988 *Riv.Soc.*, pp.1 ss.

B. Libri

BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1982.

BLANDINI A., *Società quotate e società diffuse. Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, ESI, 2005, 10, p.363 ss.

COSTI R., *I patti parasociali* in *La riforma delle società quotate*, a cura di Bonelli – Buonocore – Corsi – Costi – Gambino – Jaeger – Patroni Griffi, Milano, Giuffrè 1998, p.113 ss.

CREMASCO D., LAMBERTINI L., *Governo delle imprese e patti parasociali*, Torino, Cedam, 2004.

DONATIVI V., *Sub art. 2341 bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, Jovene, 2004, p.173 ss.

EASTERBROOK F.H., FISCHER D.R., *L'economia delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1996.

FIORIO P., *sub art. 2341-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 143.

IRTI N., *I patti di consultazione*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Jaeger-Bonelli, Milano, Giuffrè, 1993, p. 79 ss.

LOMBARDI G., *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p.274 ss.

MANFEROCE T., *Commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter*, in *Società per azioni. Costituzione, Patti parasociali, Conferenti (artt. 2325-2345 c.c.)*, Bertuzzi, Manferoce, Platania, Milano, Giuffrè, 2003, p. 130 ss.

MEO G., *Le Società con azioni quotate in borsa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, Giappichelli, 2002, p.82 ss.

MONTALENTI P., *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2004, p.140 ss.

OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, Giuffrè, 1942.

PICCIAU A., *Commento all'art. 122*, in *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della finanza. Commentario*, a cura di Marchetti – Bianchi, Milano, Giuffrè, 1999, vol. I, p. 863.

RESCIO G.A., *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol3, Torino, Utet, 1994.

SBISA G., *Sindacati di voto e rappresentanza in assemblea*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, AA. VV a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, Giuffrè, 1993, p.127 ss.

SANTONI G., *Patti parasociali*, 1985, Napoli, Jovene.

SEMINO G., *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Milano, Giuffrè, 2003.

SIMONETTI L., *Gli “ Shareholders agreements” in Inghilterra*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, AA. VV a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, Giuffrè, 1993 , p. 435 ss.

TUCCI, A., *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Bari, Cacucci Editore, 2005.

C. Giurisprudenza

App. Venezia, 24 luglio 1946, *Foro Padano* 1947, I, p.244.

Cass. 31 luglio 1949, *Foro Italiano* 1949, I, p.920.

Cass. 20 settembre 1995 n.9975 in *Riv. Not.* 1996, p. 626.

Cass. 23 novembre 2001, n. 14865, in *Giur, comm.*, 2002, II, 666 ss., nota di COSTI.

Trib. Roma 20 dicembre 1996, in *Giur. Comm.*, 1997, II, p. 119, nota SONNINO.

Trib. di Como, 31 gennaio 2000, in *Società*, 2000, p.858 ss.

Trib. Milano, 10 maggio 2000 (ord), in *Giur. it.*, 2001, p. 334 ss., nota di DESANA.

2. Diritto Belga

BERTSCH T., *De la licéité des options de vente au regard de la prohibition des clause léonines : un fil conducteur pour l'application de l'article 455 du Code civil*, in *Revue Pratique des Sociétés*, 1995, p.439.

BRULARD Y., SABATIER R., *Exit Clauses Applicable to Joint Venture Under Belgian Law*, in *Comparative Law Yearbook of International Busines*, 2005,p.131 ss.

DIEUX X. , *Les accords entre actionnaires*, Van Ham & Van ham Symposium, Bruxelles, 10 juin 2006,

KILESTE Fr., *Les conventions relatives à la cessibilité des titres, Les conventions d'actionnaires-Quelles clauses privilégier ?*, Van Ham & Van Ham Symposium, Bruxelles, 10 avril 2003,

POTTIER E., COIBION A., *Les clauses conventionnelles organisant la sortie des associes*, in *Sécurisez la rédaction de vos pactes d'actionnaires*, Londres, IFE Symposium, 6&7 Juin 2001,

STOLLE L., *Prévention et Résolution des conflits dans les sociétés*, Bruxelles, Diegem, 1997.

3. Diritto comunitario

A.Articoli

BERGQVIST Ch., *The concept of an Autonomous Economic Entity*, in *European Competition Law Review*, 2003, n°10, p. 498 ss.

BORBERG, MORTON B., *The EC Competition's Green Paper on the Review of the Merger Regulation* in *ECLR*, 1996, pp.289-294.

BRESNAHAN T., SALOP S., *Quantifying the competitive effects of production joint ventures*, in *IJIO*, 1986, pp. 155 ss.

CANGEMI N.D., *Le imprese comuni nella politica comunitaria della concorrenza*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1998, p.724 ss.

CARONNA F., *Article 81 as a tool for controlling minority cross shareholding between competitors*, in *European Law Review*, 485.

CURTIS N., TROCHON J-Y., *Négociation et rédaction des pactes d'actionnaires / Negotiating and drafting shareholders' agreements*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2005, n°2, p.136

GALGANO F., *Le professioni intellettuali ed il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1997, p.1 e ss.

GERBER D.J., *The transformation of European Community Competition Law*, in *35 Harvard International Law Journal*, 1994, p.97.

IRTI N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. Civ.*, 1999.

JACQUEMINS, A., *Horizontal Concentration and European Merger policy* in *European Economic Review*, 34, 1990, pp.539-550.

LESGUILLONS F., *Le droit de la concurrence et les accords entre actionnaires* in *Revue de droit des affaires internationales*, 2005, n°2, p.154.

LUCKING J., *Horizontal Co-operation agreement: ensuring a modern policy*, in *Competition Policy Newsletter*, n°2, 2000, pp.41-44.

MONTI M., *Article 81 EC and Public Policy*, in *Common Market Law Review*, 2002, p.1057 e ss.

NASCIMBENE B., *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *Dir. comm. int.* 2000, p.309.

ODULU S., *Interpreting Article 81 (1): Object as Subjective Intention*, in *European Law Review*, 2001, p.60 e ss.

ODULU S., *Interpreting Article 81 (1): Demonstrating Restrictive Effect*, in *European Law Review*, 2001, p.261 e ss.

ODULU S., *Interpreting Article 81 (1): the Object Requirement Revisited*, in *European Law Review*, 2001, p.379 e ss.

ORDOVER J., WILLIG R., *Antitrust for High-Tecnology Industries: assessing research joint ventures and mergers*, 28 *Journal of Law and Economics*, 1985, pp.311-333.

PRETO A., *Le libere professioni italiane nella Comunità europea tra mercato interno e diritto della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p.1031 e ss.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Disciplina della concorrenza e trattativa privata*, in *Ras.dir.civ.*, 1994, 587 e ss.

RADICATI DI BROZOLO L. – GUSTAFSON M., *Full-function Joint Ventures under the Merger Regulation: The need for clarification*, in *European Competition Law Review*, 2003, n°11, p.574 ss.

STRIVENS R., *The Philip Morris case: share acquisitions and complainants' rights*, in *European Intellectual Property Review*, 1988, 163.

VASQUES L., *Partecipazioni di minoranza e concorrenza nell'ambito della disciplina antitrust italiana e comunitaria*, in *Rivista del diritto dell'impresa*, 1996, p. 113.

B. Libri

BASTIANON S., *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè editore, 2005.

Bellamy P.M., & Child Ch., *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2001.

BENACCHIO, G. *Diritto privato della Comunità Europea*, Padova, CEDAM, 2004.

BISHOP S., WALKER M., *The Economics of EC Competition Law*, London, Sweet and Maxwell, 1999.

BOUTERSE R.B., *Competition and Integration – What goals count*, Boston, Kluwer, 1994.

CALAMIA, A.M., *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè editore 2004.

COOK CJ, KERSE CS., *EC Merger Control*, 3rd edition, Londond, Sweet and Maxwell, 2000.

FAULL & NIKPAY, *The EC law of Competition*, Oxford, OUP Oxford, 2007.

GERBER D.J., *Law and competition in the twentieth century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

GONZALEZ DIAZ, *Joint Ventures under EC Competition Law: the new boundaries*, in *Mélanges M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 1019-1027.

HILDEBRAND D., *The role of Economic Analysis in the EC Competition rules*, The Hague, Kluwer, 2002.

KORAH V., *Cases and materials on EC Competition law*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

KORAH V., *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 7th edition, Oxford, Hart Publishing, 2000.

MARENCO G., *The birth of modern competition law in Europe, Studi per Ehlermann*, L'Aia/Londra/New York, Kluwer, 2002.

PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, UTET Giuridica, 2007, p.74.

PROSPERETTI L., SIRAGUSA M., BERETTA M., MERINI M., *Economia e diritto antitrust*, Roma, Carocci Editore, 2006.

TEMPLE LANG, *International Joint Ventures under Community Law*, Fordham, Hawk, 2000.

C. Giurisprudenza

169/240/CEE, Decisione della Commissione, 16 luglio 1969.

Causa 41/69, *ACF Chemiefarma N.V. c. Commissione delle Comunità europee*, sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 luglio 1970.

L215/11 , Decisione della Commissione, 25 luglio 1977 (*De Laval/Storck*).

L 327/26, Decisione della Commissione, 20 dicembre 1977 (*GEC-Weir Sodium Circulators*).

Causa 28/77, *Tepea BV c. Commissione delle Comunità europea*, sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 20 giugno 1978.

Cause riun. 240-242, 261, 262, 268,e 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie ed a. c. Commissione*, sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 10 dicembre 1985.

L 230/1986, Decisione della Commissione, 23 aprile 1986 (*Polipropilene*).

T-142 e 156/84, *British American Tobacco Ltd e R.J. Reynolds Industries Inc v Commission*, GU 1987, ECR 04487.

L41/31, Decisione della Commissione, 20 dicembre 1987 (*Mitchell Cotts/Sofiltra*).

L 63/32, Decisione della Commissione, 9 marzo 1991 (*Screensport/Membri EBU*).

IV/M.102, Decisione della Commissione, 2 dicembre 1991 (*TNT/Canada Post*).

IV/M.206, Decisione della Commissione del 10 agosto 1992 (*Rhône/Poulenc*).

L 29/14, Decisione della Commissione, 7 marzo 1993 (*Ford/Volkswagen*).

L104/1994, Decisione della Commissione, 29 marzo 1994 (*HOV-SVZ/MCN*).

L99/29 Decisione della Commissione, 30 marzo 1994 (*Nuovo CEGAM*).

IV/M.0452, Decisione della Commissione del 9 giugno 1994 (*Avesta II*).

L 239/1994, Decisione della Commissione, 27 luglio 1994 (*PVC II*).

IV/M.527, Decisione della Commissione, 2 dicembre 1994 (*Thomspn CSF/Deutsche Aerospace*).

L309/24, Decisione della Commissione, 11 novembre 1994 (*Olivetti/Digital*).

IV/M.560, Decisione della Commissione, 11 maggio 1995 (*EDS/Lufhtansa*).

IV/M.585, Decisione della Commissione, 7 settembre 1995 (*Voest Alpine Industrieablagenbau GmbH/Davy International LTD*).

IV/M.686, Decisione della Commissione, 5 febbraio 1996 (*Nokia/Autoliv*).

IV/M.556, Decisione della Commissione, 9 aprile 1996 (*Zeneca/Vanderhave*).

IV/M.751, Decisione della Commissione, 3 luglio 1996 (*Bayer/Hüls*).

IV/M.788, Decisione della Commissione, 3 settembre 1996 (*AgreEVO/Marubeni*).

L239/57, Decisione della Commissione, 19 settembre 1996 (*Phoenix Global One*).

L 239/23, Decisione della Commissione, 17 luglio 1996 (*Atlas*).

IV/M.791, Decisione della Commissione, 7 ottobre 1996, (*British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd*).

IV/M.891, Decisione della Commissione, 23 aprile 1997 (*Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith*).

IV/M.929, Decisione della Commissione, 23 giugno 1997 (*DIA/Veba Immobilien/Deuschbau*).

L381/1, Decisione della Commissione, 29 ottobre 1997 (*Unisource*).

Caso T-25/95 ed altri, *Cimenteries and others v Commission* GU 2000 ECR II-491.

L 14/218, Decisione della Commissione del 20 maggio 1999 (*Cegetel*).

L 59/2001, Decisione della Commissione, 20 settembre 2000 (*Opel*).

L302/2001, Decisione della Commissione, 8 maggio 2001 (*Glaxo Wellcome o GSK*).

IV/M.2369, Decisione della Commissione del 18 maggio 2001 (*CNH/FHE*).

COMP/M.2632, Decisione della Commissione, 11 febbraio 2002 (*Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*).

Causa C-309/99, *Wouters e a.c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Adocaaten*, sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 19 febbraio 2002.

L 75/2004, Decisione della Commissione, 17 dicembre 2002 (*Aromatizzanti*).

COMP/M.2903, Decisione della Commissione, 30 aprile 2003 (*DaimlerChrysler/Deutsche Telekom*).

COMP/M.3325, Decisione della Commissione, 23 gennaio 2004 (*Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf*).

Causa, T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione*, sentenza del Tribunale di primo grado, 26 gennaio 2005.

Causa T-282/02, *Cementbouw c. Commissione*, sentenza del Tribunale di primo grado, 23 febbraio 2006.

Case riunite C-180/98 e C-184/98, *P. Pavlov c. Fondo pensioni dei medici specialisti*, sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europee, 12 settembre 2009.

4.Diritto francese

A. Articoli

BISSARA P., *L'inadattamento du droit français aux besoins des entreprises*, in *Rev.Soc.*, 1990, p.553 ss.

CHAPUT Y., *La liberté et les statuts*, in *Rev. Soc.*, 1989, p.361.

COTTEBRUNE A., *L'efficacité des conventions de vote en question*, in *La revue pratique du droit de l'entreprise*, 1998, p.29 ss.

COURET A., *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, in *Rev. Soc.*, 2000, p.89 ss.

COURET A., JACOMET T., *Les pièges des pactes d'actionnaires: questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence récente*, in *RJDA*, 2008, p.951 ss.

DAIGRE J.J., *Pacte d'actionnaires et capital-risque. Typologie et appréciation*, in *Bull. Joly*, 1993, p.157 ss.

DONDERO B., *Le pacte d'actionnaires, le contrat dans la société*, in *Journ. Soc.*, 2008, p.42 ss.

DONDERO B., *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires, questions et confrontations*, in *Bull. Joly*, 2008, p.245.

DURAND-LEPINE G., *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, in *Petites affiches*, 1995, n°88.

FREYRIA C., *Etude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés*, in *Rev. tr. dr. comm.*, 1951, p.419 ss.

JEANTIN M., *Les conventions de vote*, in *Rev. jur. comm.*, 1990, p.124 ss.

MARINI P., *La modernisation du droit des sociétés*, in *la Doc.fr.*, 1996.

PARLEANI G., *Les pactes d'actionnaires*, in *Rev. Soc.*, 1991, p.1 ss.

REINHARD Y., *Les clauses de préférence et de préemption en case de cession entre actionnaires*, in *Rev. jur. Comm., n° spec., La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, n°1, 1990, p.88.

SAINTOURENS B., *La flexibilité du droit des sociétés*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1987, p.457.

B. Libri

BONNARD J., *L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés*, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999.

BOUCOBZA X., *L'acquisition internationale de société*, Paris, LGDJ, 1998.

BRUNWICK P., *SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires?*, Paris, Dalloz, 2000.

DAIGRE, SENTILLES-DUPONT M., *Pactes d'actionnaires*, Paris, GLN Joly, 1995,

DELEBECQUE P., *Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires*, in *SAS*, GLN Joly, 1995.

GODON L., *Les obligations des associés*, Paris, Economica, 1999.

GUYON Y., *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Paris, LGDJ, 2002.

LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2003.

MERCADAL B., JANIN P., *Mémento Lefebvre sociétés commerciales*, 1995.

MESTRE J., VELARDOCCHIO D., in *Lamy Sociétés commerciales*, 2006.

PRAT S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Paris, LGDJ, Litec, 1992.

PRIEUR J., *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mélanges A.Sayag*, Paris, Litec, p.371 ss.

VELARDOCCHIO-FLORES D., *Les accords extra-statutaires entre associés*, *Presse universitaire d'Aix-Marseille*, 1993.

C. Giurisprudenza

Cass. Comm., 8 février 1982, in *Bull. Joly*, 1982, p.970.

Trib.Comm. Seine, 9 décembre 1920, in *Journ. Sociétés*, 1924, p.515.

Trib. Comm., 17 juin 1974, in *RTD comm.*, 1975, p.534.

Trib. Comm. Paris, 1er août 1974, in *Bull. Joly*, 1975, p.186.

Cass., 19 décembre 1983, in *Rev. Soc.*, 1985, p.105.

CA Paris, 23 juin 1987, in *Bull. Joly*, 1987, p.701.

Trib. Angers, 20 septembre 1988, in *Rev.soc.* 1989, p. 288.

Cass., 9 mars 1993, in *RJDA*, 1993, p.439.

Cass. Comm., 15 février 1994, n° 92.12.330, in *Bull. Joly*, 1994, p.508 ss.

Tribunal de Paris, 30 juin 1995, in *JCP*, 1996, II, n°795

Cass. Comm., 7 janvier 2004, n°00.11.692, in *Bull. Joly*, 2004, p.544 ss.

Cass., 27 septembre 2005, in *RJDA*, 2005, n°1359.

CA Paris, 18 octobre 2005, in *RJDA*, 2006, n°791.

Trib. Comm., Paris, 17 octobre 2006, in *Bull. Joly*, 2007, p.42.

CA Paris, 27 mars 2007, in *Bull. Joly*, 2007, n°1002.

Cass. 31 octobre 2007, n°05.14.238 in *Bull. Joly*, 2008, p.121 ss.

5. Diritto inglese

A. Libri

DICEY A.V., MORRIS D., *The conflict of Laws*, 14 ed., vol.2, London, Sweet & Maxwell, 2000.

FARRAR J.H., *Company Law*, London, Butterworths, 1998.

FERRAN E., *Company Law and Corporate Finance*, London, Oxford University press, 1999.

GOWER, DAVIES P.L., *Principles of Modern Company Law*, London, Sweet & Maxwell, 2003.

MASON-FRENCH-RYAN, *Company law*, London, Oxford University press, 2005

MORENO J. M. , *Shareholders' agreement in Joint Ventures*, in *Réussir une Joint de Venture transfrontalière et des alliances stratégiques*, Prague, Union internationales des Avocats Symposium, 4&5 Avril 2003.

STEDMAN G., JONES J., *Shareholders' agreements*, Sweet & Maxwell, 1998.

THOMAS-RYAN, *The law and Practice of shareholders' agreements*, Butterworths, 2000.

XUEREB P.G., *The rights of Shareholders*, Oxford-London-Edinburgh, 1989.

B. Giurisprudenza

Clemens v. Clemens Brothers Ltd [1976] 2 All ER 268

Sally v. Southern Health and Social Services Board [1992] 1 AC 294, 306.

Russel v. Northern Bank Development Corp [1992] 1 W.L.R. 588.

Standard Chartered Bank v. Walter and another, TSB Bank plc v. Walker [1992] BCLC 603,