

USI ALTERNATIVI
DEL GRUPPO DI SOCIETÀ

INDICE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

IL “FENOMENO ECONOMICO” GRUPPO

1. Impostazione dell’indagine.....	p.	1
2. Tipologia e rilevanza del fenomeno economico “gruppo” e ragioni dell’interesse della dottrina giuscommercialistica	»	9
2.1. In particolare: le modalità di produzione dei “vantaggî da gruppo”	»	13
2.2. (<i>Segue</i>) Spunti di riflessione dalla ricostruzione coasiana del mercato e della “natura dell’impresa”	»	15
2.3. (<i>Segue</i>) Il “gruppo” come tecnica di disciplina dello scambio intermedia tra la gestione “proprietaria” dei fattori della produzione e il ricorso al mercato. Le “operazioni intragruppo”	»	21

PARTE PRIMA

LA DISCIPLINA SOCIETARIA DEL “GOVERNO” E DELLA “IMPUTAZIONE”

1. Impliciti funzionali del dibattito sul <i>Konzernrecht</i> . L’elemento paradigmatico sotteso alla trattazione attestata nella nostra tradizione culturale: il “gruppo” come fenomeno (tendenzialmente) economicamente desiderabile.....	»	29
2. Il “Problema del governo”: la fattispecie. La “possibilità” e le “tecniche” della direzione unitaria. Distinzione tra (fattispecie di) “controllo” e (fattispecie della) “attività di direzione e coordinamento”	»	34
2.1. Il c.d. “gruppo gerarchico”. Controllo e “soggezione (all’attività di direzione e coordinamento)”	»	36
2.1.1. La nozione codicistica di “controllo”	»	42
2.1.2. ... e la definizione di «società o ente tenuto al consolidamento dei bilanci	»	50

2.1.3.	Sul rapporto tra nozione di “controllo” e di “soggezione alla direzione e coordinamento” (o “direzione unitaria”)	p.	54
2.1.3.1.	In particolare: “eterodirezione” senza “controllo”. Il rapporto tra la nozione economica di “gruppo” e la definizione giuridica dell’attività di direzione e coordinamento	»	60
2.1.4.	La funzione delle fattispecie di “controllo” di cui all’art. 2497 <i>sexies</i> c.c. di mera inversione dell’onere della prova.....	»	64
2.1.5.	Sulla possibilità di <i>permeabilizzazione gerarchica contrattuale</i> di un Ente: l’ipotesi (tutta da dimostrare) dei “contratti di dominazione” (con un riferimento al <i>Beherrschungsvertrag</i>).....	»	67
2.2.	L’eterodirezione “condivisa”: il caso del “gruppo paritetico” (<i>Gleichordnungskonzern</i>).....	»	74
3.	(<i>Segue</i>) La “disciplina del governo”	»	81
3.1.	In caso di eterodirezione “condivisa”. Cenni.....	»	87
3.2.	In caso di eterodirezione “gerarchica”. Il problema de(l)la natura e de(i) limiti dell’attività di “direzione e coordinamento” lecita.....	»	90
3.2.1.	Sull’assenza di un “potere di direttiva” insito nella posizione di “controllo” e di alcuna <i>funzionalizzazione</i> dell’attività della capogruppo ad un (presunto) “interesse di gruppo”	»	92
3.2.2.	La valutazione della condotta di direzione e coordinamento ai fini della responsabilità della capogruppo: non perseguimento dell’interesse di gruppo ma <i>divieto di lesione non compensata della società eterodiretta</i>	»	95
3.2.3.	Sull’inesistenza di un obbligo di “amministrare” il gruppo e di corrispondenti poteri – ad esempio, sulla circolazione di informazioni intragruppo.....	»	100
3.2.4.	(<i>Segue</i>) La mancanza del danno alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero la sua eliminazione integrale anche a seguito di operazioni a ciò dirette (disciplina dei cc. dd. “vantaggi compensativi”)	»	102
3.2.5.	In particolare: sul requisito della “imprenditorialità” dell’interesse perseguito (art. 2497, co. 1, c.c.). Proposta di disapplicazione della disciplina ai “gruppi finti” (non coerenti con l’“immagine” di gruppo su cui si costruisce il paradigma di favore). Precisazione.....	»	105

3.2.6. Sul rapporto tra l'organo amministrativo della capogruppo e l'organo amministrativo della società sottoposta a direzione e coordinamento.....	p. 108
4. Le discipline "dell'imputazione". Su talune varianti della disciplina di gruppo per la soluzione dei problemi di imputazione nella invarianza del paradigma "di favore" per il gruppo.....	» 113
4.1. Brevi considerazioni generali. Esclusioni dalle "discipline di gruppo": il caso del diritto del lavoro e del "bilancio consolidato"	» 116
4.2. In particolare: la responsabilità di quanti hanno preso parte o tratto beneficio dal fatto lesivo e la posizione della società danneggiata.....	» 121
4.3. La disciplina del recesso del socio in ragione di modificazioni rilevanti del contesto di <i>permeabilità</i> della società eterodiretta	» 126
4.4. La disciplina del "finanziamento" e delle "garanzie" tra le società raggruppate. Spunti problematici.....	» 128
4.4.1. La disciplina del "finanziamento" intragruppo e la tutela della gerarchia tra le diverse pretese insistenti sul patrimonio sociale. La "postergazione" del finanziamento intragruppo consistente in una "rilocalizzazione" dell'imputazione (sostanziale) del rischio d'impresa	» 133
4.4.1.1. La rilevanza della permeabilità di gruppo ai fini della riqualificazione del prestito come apporto di mezzi propri della società	» 138
4.4.2. L'appartenenza al gruppo come "giustificazione" causale dell'attribuzione patrimoniale. Sull'inapplicabilità della disciplina della donazione e dell'inopponibilità <i>ex art. 64 l. fall.</i> al trasferimento intragruppo privo di corrispettivo	» 143
4.4.3. Ricadute "interne" dell'atto: coerenza con l'oggetto sociale e responsabilità dell'organo amministrativo per il finanziamento intragruppo a condizioni diverse da quelle di mercato	» 149
4.5. La disciplina <i>antitrust di carattere sanzionatorio</i>	» 151
4.5.1. Il "gruppo" come coelemento della fattispecie delle intese restrittive della concorrenza	» 154
4.5.2. ... dell'abuso di posizione dominante.....	» 158
4.5.3. ... e delle concentrazioni restrittive della libertà di concorrenza.....	» 160

4.6. In materia di marchi	p. 164
4.6.1. La “circolazione del segno” intragruppo	» 166
4.6.2. La legittimazione a presentare la domanda e la <i>titolarità del segno</i> . La legittimazione all’esercizio dell’azione di contraffazione	» 170
4.6.3. La decadenza per non uso	» 172
4.7. Le procedure concorsuali: cenni	» 174
4.7.1. L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza	» 176
4.7.2. Le regole dell’amministrazione straordinaria nel contesto del gruppo. Le regole di “estensione dell’amministrazione straordinaria alle imprese del gruppo”	» 178
4.7.3. ... nonché le regole in materia di gravi irregolarità, responsabilità e azioni revocatorie	» 182

PARTE SECONDA

LA DISCIPLINA SETTORIALE DELLE IMPRESE
IL PARADIGMA “REGOLATORIO”
E L’«IMPERMEABILIZZAZIONE» DELLA SOCIETÀ DI GRUPPO
A GARANZIA DI INTERESSI PUBBLICI DI SETTORE

1. L’oggetto specifico della ricerca e il quadro normativo di riferimento: la disciplina a garanzia dell’“autonomia”, per finalità di interesse pubblico, all’interno dei gruppi	» 188
1.1. La “regolazione” economica: un inquadramento di contesto. “Regolazione” e interessi pubblici di settore	» 189
1.2. Le “ricadute” della disciplina delle imprese sul diritto societario del governo e della imputazione	» 195
1.2.1. La separazione “contabile” e “gestionale”: la presa d’atto del gruppo ed il temperamento della direzione unitaria	» 196
1.2.2. La separazione “societaria”: l’imposizione del gruppo (il “gruppo coattivo”) ed il temperamento della direzione unitaria	» 200
1.2.3. La separazione “proprietaria”: il “divieto del gruppo” <i>tout court</i>	» 206
1.3. Sul fondamento delle regole di “separazione”. La garanzia dell’“autonomia” della società di gruppo nelle discipline regolatorie di settore	» 212

1.4. (<i>Segue</i>) Avvertenza sul significato precettivo della nozione di “autonomia” regolatoria: la garanzia del corretto funzionamento microsistemico (dell’impresa) e macrosistemico (del mercato, del sistema politico, del modello di regolazione in sé).....	p. 213
1.5. Sul rapporto tra disciplina settoriale delle imprese (“regolatoria”) e disciplina societaria del governo e dell’imputazione (“comune”).....	» 221
2. La tutela della “stabilità” dell’impresa nei mercati finanziari.....	» 224
2.1. Cenni introduttivi generali sulle “attività finanziarie” e sui relativi “rischi di settore”	» 224
2.1.1. In particolare: il rischio dell’attività bancaria	» 228
2.1.2. (<i>Segue</i>) Il rischio dell’attività di intermediazione mobiliare.....	» 233
2.1.3. (<i>Segue</i>) Il rischio dell’attività assicurativa.....	» 235
2.1.4. (<i>Segue</i>) Il rischio della combinazione dei rischi finanziari. Il rischio del conglomerato. Cenni sulla disciplina comunitaria. L’ulteriore incremento del rischio nel conglomerato c.d. “misto”	» 239
2.2. Le nozioni settoriali di “gruppo” e la loro natura di regole societarie dell’imputazione	» 246
2.3. Le discipline di <i>separazione</i> . Le partecipazioni al capitale degli intermediari finanziari... ..	» 252
2.4. ... ed degli intermediari finanziari al capitale di altre imprese	» 262
2.5. Le regole di isolamento intragruppo nella banca... ..	» 266
2.5.1. “Sana e prudente gestione” e “stabilità” come regole (anche) di <i>isolamento intragruppo</i>	» 266
2.5.2. L’adeguatezza della dotazione patrimoniale e organizzativo-gestionale (anche) delle singole società appartenenti al gruppo	» 269
2.6. ... nei “servizi di investimento” e nella “gestione collettiva del risparmio”... ..	» 274
2.6.1. Le regole di isolamento intragruppo e il rispetto dell’autonomia delle società di gruppo. Le regole di dotazione patrimoniale e amministrativo gestionale minime e adeguate rispetto ai rischi generati dall’attività esercitata. Cenni e rinvio	» 276
2.6.2. Le regole di “eterodirezione ridotta” (il che vale a dire: di “autonomia qualificata”).....	» 280
2.6.3. (<i>Segue</i>) L’esperienza dei protocolli di autonomia gestionale	» 285

2.6.4.	(<i>Segue</i>) Le disposizioni in materia di “organizzazione e procedure interne”. La separazione della gestione individuale (e della consulenza finanziaria) dagli altri servizi.....	p. 288
2.6.5.	Il caso particolare del rapporto tra società promotrice e gestore, ovvero SICAV, e “banca depositaria”.....	» 292
2.7.	... e nelle imprese di assicurazione.....	» 293
2.7.1.	La regola di isolamento contabile e gestionale per i rami “vita” e “non vita”.....	» 295
2.7.2.	Le regole di garanzia dell’«autonomia gestionale»: requisiti di dotazione patrimoniale e amministrativo-gestionale minima.....	» 299
2.7.3.	In particolare: i “protocolli di autonomia gestionale” dell’impresa assicurativa.....	» 303
2.7.4.	(<i>Segue</i>) La disciplina dei controlli interni, della gestione dei rischi, della verifica di conformità alle norme e della esternalizzazione delle attività.....	» 307
2.7.5.	(<i>Segue</i>) Lo specifico regime delle operazioni intragruppo.....	» 311
3.	Le regole proconcorrenziali di isolamento del “vantaggio da infrastruttura essenziale”.....	» 314
3.1.	Considerazioni introduttive.....	» 315
3.1.1.	Una precisazione sulla nozione di “essenzialità” dell’infrastruttura. Brevi cenni alla disciplina generale delle <i>essential facilities</i>	» 315
3.1.2.	Politiche di liberalizzazione e regolazione “asimmetrica”.....	» 324
3.1.3.	Il tema dell’accesso e dell’interconnessione e l’obbligo di “non discriminazione” (discriminazione c.d. “diretta”).....	» 333
3.1.4.	(<i>Segue</i>) Il tema dell’accesso e dell’interconnessione: i vincoli alla libera fissazione del prezzo e il divieto di sussidi incrociati (discriminazione c.d. “indiretta”).....	» 334
3.1.5.	Le esigenze di <i>isolamento</i> della provvista finanziaria destinata alla prestazione del (“servizio pubblico” e del) “servizio universale”.....	» 339
3.1.6.	La circolazione intragruppo di informazioni assunte in relazione alla prestazione del servizio di accesso o interconnessione all’infrastruttura.....	» 342
4.	I mercati delle comunicazioni elettroniche. Il nuovo approccio alla regolazione proconcorrenziale nei mercati delle comunicazioni elettroniche. La politica del “pacchetto 2002”.....	» 344

4.1. Oggetto e principi della regolazione di settore.....	p. 347
4.2. Gli speciali obblighi in relazione all'interconnessione e all'accesso: l'obbligo di "non discriminazione", diretta e indiretta, e il conseguente problema della definizione del prezzo del servizio.....	» 349
4.2.1. In particolare: la prestazione di accesso condizionato ai servizi televisivi e radiofonici digitali trasmessi agli utenti della Comunità.....	» 354
4.3. (<i>Segue</i>) L'obbligo di "isolamento" delle informazioni ottenute in sede di negoziazione di accesso o interconnessione.....	» 355
4.4. Separazione societaria tra le attività oggetto di diritti esclusivi o speciali e la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.....	» 356
5. (<i>Segue</i>) Le reti dell'energia.....	» 357
5.1. In particolare: il settore dell'elettricità.....	» 360
5.1.1. La limitazione dei "confini dimensionali" del gruppo nel settore elettrico.....	» 362
5.1.2. Le separazioni "proprietarie" e gli enti costituiti <i>ad hoc</i> : Gestore della rete di trasmissione nazionale (GRTN) [oggi: Gestore dei Servizi Elettrici (GSE)], Acquirente unico (AU), Gestore del mercato elettrico (GME). Le attività di smaltimento delle centrali elettronucleari dismesse, di chiusura del ciclo combustibile e le attività connesse e conseguenti.....	» 364
5.1.3. La regola generale della <i>impermeabilizzazione intragruppo</i> nelle "imprese elettriche integrate". L'attività di distribuzione. Cenni sulla compatibilità con la disciplina generale di cui all'art. 8, co. 2 <i>bis</i> , l. 287/1990.....	» 370
5.1.4. La separazione societaria dei proprietari della rete di trasmissione. La disegmata unificazione della proprietà della rete di trasmissione nazionale e di questa e delle relative funzioni di gestione.....	» 374
5.1.5. Il gruppo ENEL come un caso di "gruppo regolatorio legificato". Le "funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell'assetto industriale e delle attività esercitate".....	» 378
5.2. Il settore del gas naturale.....	» 382
5.2.1. " <i>Norme per la tutela e lo sviluppo della concorrenza</i> ". I limiti alla dimensione del gruppo ed i cc.dd. "tetti <i>antitrust</i> ".....	» 384
5.2.2. (<i>segue</i>): La disciplina di "impermeabilizzazione" intragruppo.....	» 386

5.2.3. In particolare: l'“impermeabilizzazione” intragruppo dei flussi informativi	p. 390
5.3. Gli obblighi cc.dd. di <i>unbundling</i> di cui alla delibera n. 11/07. La “evoluzione” dei modelli di separazione “amministrativa” e “contabile”	» 391
5.3.1. La disciplina della separazione “contabile” e delle <i>operazioni</i> intragruppo	» 394
5.3.2. (<i>Segue</i>) La “geografia” della partecipazione societaria.	» 396
5.3.3. La disciplina della separazione “funzionale” e la nozione di “gestore indipendente”	» 397
6. Le regole proconcorrenziali di isolamento del “vantaggio” derivante dalla «gestione di servizi di interesse economico generale» ovvero dall'operare «in regime di monopolio sul mercato».....	» 400
7. L'intervento di isolamento a garanzia del pluralismo: il sistema radiotelevisivo. Il problema della “formazione del consenso”	» 406
7.1. La disciplina limitativa dell'estensione del gruppo e le regole di separazione “proprietaria”	» 411
7.1.1. L'obbligo di separazione “societaria”	» 417
7.1.2. “Impermeabilizzazione” intragruppo funzionale alla tutela del principio di parità di trattamento e non discriminazione	» 418
7.2. Gli obblighi di separazione contabile.....	» 420
7.3. Il servizio pubblico radiotelevisivo	» 420
8. L'intervento di isolamento a garanzia della regolazione: l'isolamento (assoluto) del “controllore” rispetto ai “controllati”	» 422
8.1. L'indipendenza del revisore dei conti regolatori.....	» 423
8.2. Il ruolo della banca “depositaria” nella disciplina dei fondi comuni di investimento e delle SICAV.....	» 424