

AURELIO GENTILI

COLLEGAMENTO E CONTROLLO NELLE CONCENTRAZIONI EDITORIALI (PARERE *PRO VERITATE*)

SOMMARIO 1. Premesse metodologiche e di inquadramento. — 2. L'oggetto della relazione di collegamento o controllo. — 3. Il soggetto della posizione dominante e della relazione di collegamento e controllo. — 4. Il controllo. — 5. Il collegamento.

1. PREMESSE METODOLOGICHE E DI INQUADRAMENTO.

La determinazione dei concetti di collegamento e controllo adottati dal legislatore ai fini dell'applicazione delle leggi editoriali è problema ermeneutico da risolvere, come d'uso, non solo in base al senso letterale delle parole ma anche alla luce dell'intenzione legislativa.

Realisticamente però, quanto più l'interpretazione dipende dalla ricostruzione di questa, tanto più divengono opinabili le conclusioni cui perviene. Per questo, mentre appare impraticabile — per la logica e per metodo — una interpretazione limitata alla lettera, si ridurranno qui i richiami alla *ratio legis* a quei soli sui quali sussiste una oggettiva certezza, su base normativa esplicita, ovvero a quelli sui quali c'è comune consenso nella giurisprudenza pratica e teorica. Non verrà qui presupposto perciò, a mò di premessa, se le leggi editoriali (legge 5 agosto 1981, n. 416; d.P.R. 27 aprile 1982, n. 268; legge 30 aprile 1983, n. 137; legge 10 gennaio 1985, n. 5; legge

* Il testo riproduce il parere reso al Garante per l'attuazione della legge dell'editoria.

Sulla materia si è andata formando una letteratura abbastanza ampia: P.G. JAEGER, *Concentrazioni nella stampa quotidiana e diritto di voto*, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 593 ss.; L.A. BIANCHI, *Il « controllo » nella legge dell'editoria*, in questa *Rivista*, 1986, p. 15 ss.; Id., *Il caso Rizzoli*, in *Giur. comm.*, 1987, p. 413 ss.; F. GALGANO, *Gruppi di so-*

cietà e concentrazione di testate editoriali (parere pro-veritate sul caso Rizzoli - Corriere della Sera), in *Contratto e impresa*, 1986, p. 65 ss.; A. CERRAI, *Prime riflessioni sulla disciplina delle concentrazioni di testate giornalistiche*, in *Scritti in Onore di D. Gaeta*, Milano, 1984, p. 140 ss.; A. GENTILI, *Controllo concentrazioni gruppi nella legislazione editoriale*, in questa *Rivista*, 1987, p. 419 ss.; Id., *Le concentrazioni nella stampa quotidiana*, Rimini, 1985.

25 febbraio 1987, n. 67, oltre a marginali aggiunte) costituiscano — come pure sembra persuasivo — una normativa di scopo suscettibile di integrare un autonomo sistema o statuto dell'impresa editoriale, oppure no; ovvero se sia appropriata per esse una tecnica ermeneutica più o meno legata all'enunciato legale. Tanto meno saranno compiute opzioni, nel conflitto, tra i valori costituzionalmente protetti coinvolti nelle leggi: libertà di informazione, libertà di iniziativa economica privata, utilità sociale.

Per maggior chiarezza, e miglior controllo delle premesse e dell'orientamento del presente parere, ne vengono denunciati qui i punti di partenza e chiarita l'impostazione del quesito. Si da per presupposto che la legislazione editoriale emanata tra il 1981 e il 1987 intende assicurare il pluralismo nella stampa quotidiana ricorrendo a due strumenti: le provvidenze (contributi, agevolazioni creditizie e analoghi) e la repressione delle concentrazioni.

Si da inoltre per presupposto che costituisce « concentrazione » ai sensi delle leggi editoriali ciascuna di quelle situazioni — che saranno meglio indagate e definite nel seguito — nelle quali è doveroso, ai sensi di legge e per i suoi fini (non necessariamente per altri fini) considerare cumulativamente tante testate di giornali quotidiani che superino le quantità (di testate stesse o di tiratura), nell'area nazionale o interregionale, o regionale, segnate come limite della legge. Non si da invece affatto per presupposto cosa possa e debba intendersi in altro senso e ad altri effetti per concentrazione, e soprattutto che cosa in ipotesi essa sia sotto il profilo soggettivo: gruppo personificato, soggetto collettivo, mero fatto?

Si da infine per presupposto che ai sensi e agli effetti delle leggi editoriali si ritiene verificata una di quelle situazioni definibili come « concentrazioni di quotidiani », allorché testate in quantità eccedenti i limiti di legge sono dominate da uno, oppure anche da più soggetti se legati tra loro da rapporti di collegamento e/o controllo, intesi secondo la nozione dalle stesse leggi fornite (che include quella dell'art. 2359 cod. civ.).

Su queste, e queste sole basi, si ritiene di poter orientare il presente parere in relazione al quesito formulato, nel senso che segue: occorre chiarire quali situazioni il legislatore intenda come rapporti di collegamento e controllo, ai fini della contemporanea considerazione di più testate per gli effetti delle norme repressive delle concentrazioni editoriali, ancorché queste non appartengano a, o non siano gestite da, la stessa persona fisica o giuridica.

Su queste, e queste sole basi, appare tuttavia già inquadrata la struttura logica — ma naturalmente non il contenuto — di tali situazioni di collegamento e controllo. Checché ne sia, infatti, del loro contenuto, si tratta comunque di particolari connessioni relative ad un referente oggettivo tipico, la testata, e ad un referente soggettivo invece atipico, ravvisabile in qualunque soggetto risulti attributivo di poteri proprietari o gestori sulla testata. Questa struttura logica è infatti quella propria delle proposizioni normative sul collegamento e

controllo, nell'ambito più in generale di quelle sulla concentrazione e sua repressione. Esse tutte cioè identificano quale fatto sanzionato una realtà, la posizione dominante, che il pur non unico *dominus* delle testate eccedenti i limiti di legge si costruisce attraverso una rete di collegamenti e controlli, scomponibile in quei tre elementi: uno oggettivo, uno soggettivo e uno connettivo.

All'esatta determinazione della relazione di collegamento e controllo concorre perciò lo studio di ciascuno degli elementi logici della fattispecie normativa.

2. L'OGGETTO DELLA RELAZIONE DI COLLEGAMENTO E CONTROLLO.

Sul piano lessicale oggetto del precetto antimonopolistico e della relazione di collegamento e controllo sono, nel nuovo testo recato dall'art. 3 della legge n. 67 del 1987, che ha sostituito le corrispondenti disposizioni dell'art. 4 della legge n. 416 del 1981, le « testate quotidiane o società che le editano ». Sul piano razionale la lettera della disposizione va tuttavia rettificata. Essa infatti lascia comprendere che collegamenti e controlli con società che editano testate di giornali quotidiani interessano solo strumentalmente, in quanto cioè per essi si approdi da ultimo al dominio di tante testate da superare i limiti fissati dalle leggi. Oggetto finale del precetto è perciò sempre e comunque la testata del quotidiano. E più precisamente la posizione di dominio della testata, acquisita attraverso la spettanza di diritti di proprietà ovvero anche attraverso altre situazioni giuridicamente rilevanti che consentano di ottenerla. Sono questi i casi di affitto o di affidamento in gestione della testata, che nell'antico enunciato normativo venivano ricordati accanto alle situazioni di collegamento e controllo ed oggi invece, nella diversa distribuzione del materiale normativo, si reperiscono nel comma relativo agli atti suscettibili di essere dichiarati nulli. Tuttavia sembrerebbe assolutamente irragionevole qualsiasi dubbio sulla perdurante rilevanza al fine del precetto antimonopolistico, delle situazioni gestorie diverse dalla partecipazione di controllo al capitale dell'editrice.

Piuttosto è lecito chiedersi se accanto alle situazioni proprietarie, ed accanto alle altre situazioni di dominio espressamente nominate nel sistema legislativo (quali l'affitto o l'affidamento in gestione) rilevino altre forme di dominio della testata di quotidiano, suscettibili di assicurarne alla stessa stregua il controllo.

Il punto è di particolare rilievo non soltanto per l'evidente importanza pratica che riveste ma perché mette in luce che in una considerazione globale dei fenomeni di collegamento e controllo, bisogna distinguere il « controllo » della testata dal collegamento e controllo della società che la edita, che sono in via primaria oggetto del presente parere. Se infatti il lessico italiano consente di riferirsi all'una ed all'altra fenomenologia sotto il nome di « controllo » è evidente che

non si tratta della stessa cosa: nel sistema legale le due realtà sono trattate separatamente, e ricoprono problematiche diverse.

Infatti, mentre è stato oggetto di specifica valutazione legislativa stabilire quali forme di connessione fra i soggetti protagonisti del fatto concentrativo valgono ad integrarli al punto di recare attentato al pluralismo dell'informazione, quanto invece al « controllo » della testata, non esiste — e del resto neppure sarebbe stata necessaria — una ricognizione *ex lege*. È vero che talune forme del dominio risultano legislativamente nominate, per esempio quelle realizzate attraverso partecipazioni assolutamente maggioritarie alle società editrici ovvero quelle fondate su specifici poteri gestori derivanti da rapporti di affitto o affidamento in gestione; ma è altrettanto vero che in altro luogo le leggi stese mostrano di conoscerne altre, di tipo completamente diverso, e tuttavia rilevanti in quanto attribuiscono eguale potestà di dominio sulla testata. Si consideri per esempio l'art. 12 della legge n. 416 del 1981. In esso viene esplicitamente previsto che il dominio assicurato dall'esercizio dell'esclusiva pubblicitaria ha piena rilevanza ai fini della ricognizione della concentrazione e quindi dell'applicazione delle relative sanzioni. L'espressa previsione legislativa consente di affermare dunque che sussistono altri casi rilevanti oltre quelli menzionati (all'origine nell'art. 4 della legge n. 416 ed oggi) nell'art. 3 della legge n. 67. Quest'ultimo anzi, a differenza del precedente, per la diversa tecnica espositiva non contiene disposizioni che possano intendersi come elencazione (supposta tassativa) di tali forme del dominio. E l'esistenza nella complessiva legislazione di altri casi costringe ad ammettere che qualsiasi forma (ad esempio rapporti contrattuali derivanti dall'attività tipografica o da forme di finanziamento ed altri) è astrattamente suscettibile, se nel concreto idonea, di attribuire al concentrante il dominio della testata.

3. IL SOGGETTO DELLA POSIZIONE DOMINANTE E DELLA RELAZIONE DI COLLEGAMENTO E CONTROLLO.

Molto più complessa e delicata è l'individuazione dell'elemento soggettivo che la legge pone alla base sia della fattispecie che considera di posizione dominante, sia della gamma di situazioni che intende cogliere in termini di collegamento e controllo.

Appare quindi indispensabile una ulteriore premessa. Il problema della disciplina delle concentrazioni è da tempo oggetto dell'attenzione delle forze politiche e degli studi della letteratura economica e giuridica, allo scopo di contemperare, soprattutto nella fenomenologia dei gruppi di società, esigenze connesse all'espansione, alle economie di scala, alla razionalizzazione della produzione e della distribuzione, alla competizione nei mercati internazionali, con esigenze connesse alla tutela dei consumatori, all'equilibrio nei rapporti economici, alla libertà di concorrenza.

In questo quadro la legislazione emanata a partire dalla legge n. 416 del 1981 è stata vista — sotto molti aspetti giustamente — come un primo intervento del legislatore italiano nella disciplina dei monopoli e delle limitazioni alla concorrenza, e — non del tutto immotivatamente, ma meno correttamente a parer di chi scrive — come un ulteriore esempio di normazione sui gruppi di imprese, della quale già si erano conosciuti frammentari saggi, ad esempio nella disciplina dei bilanci consolidati di gruppo (legge n. 216 del 1974) o della riconversione industriale (legge n. 675 del 1977) e soprattutto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (legge n. 95 del 1979).

Questo corso di studi ha orientato l'attenzione sulle disposizioni editoriali nel senso di vedervi, pur a proposito di un settore molto particolare e in relazione alla protezione di un interesse — la libertà e il pluralismo dell'informazione — che non trova analoghi riscontri nella disciplina delle concentrazioni industriali, un riconoscimento legislativo dell'esistenza e dell'importanza pratica (indipendentemente dal favore o dal disfavore con cui è guardata) di un nuovo e determinante protagonista dei rapporti economici, la « concentrazione » appunto. Da che la tendenza ad identificarvi un separato centro di interessi, portatore di una logica diversa da quella dei componenti, come tale vero soggetto della fattispecie regolata. Di qui i discorsi della letteratura più recente, sulla soggettivazione dei gruppi di imprese e in specie delle concentrazioni.

Sebbene tale corrente di studi appaia meritevole della massima attenzione e corrisponda ad un'interpretazione quantomeno probabile e ragionevole dell'atteggiamento legislativo, la sua adozione ricondurrebbe la riflessione condotta nel presente parere in quelle interpretazioni dell'intenzione legislativa che aumentano il grado di opinabilità delle conclusioni che successivamente se ne deducono.

Pur senza negare quindi che possa essere corretta l'interpretazione del dettato normativo che ricostruisce questo sul presupposto della realtà soggettiva della concentrazione quale protagonista della posizione dominante, con la conseguenza che questa sussisterebbe e consentirebbe l'adozione dei provvedimenti repressivi purché nel concreto corrispondesse a quella peculiare struttura soggettiva, qui si intende tenersi ad una interpretazione sostanzialmente più semplice e comunque più certamente aderente agli enunciati normativi, nella quale la « concentrazione », indipendentemente da una supposta e comunque non necessaria qualità soggettiva, è il *fatto* dell'esistenza di certe connessioni (quelle appunto che più avanti riconosceremo costituire collegamento e controllo) fra i soggetti titolari gestori o comunque attributari di poteri di dominio sull'insieme di testate considerate.

Il presupposto, appena precisato, secondo il quale la concentrazione è considerata nella legislazione editoriale *anzitutto come fatto* (e non necessariamente come soggetto) ribadisce l'accennata atipicità dell'elemento soggettivo della relazione di controllo e collegamento e

in generale della posizione dominante: fino a questo punto infatti, qualsiasi soggetto, di qualsiasi tipo, di qualsiasi natura, indipendentemente dalla sua sostanza economica o dalla sua forma giuridica, se suscettibile di porsi come titolare sostanziale di poteri di dominio della testata è allora suscettibile di porsi come titolare della posizione dominante e quindi dei rapporti di collegamento e controllo necessari a costruirla.

È della più alta importanza, ed è comunque specifico dovere dell'interprete dimostrare, d'altronde, che tale è certamente la previsione legislativa quando si resti il più possibile aderenti ai suoi enunciati: sia che si considerino infatti i casi di controllo delle lett. b) e c) del comma 1 dell'art. 3, sia che si consideri la fattispecie conosciuta dalla lett. d), si constata che la normazione non riferisce il ruolo soggettivo alla concentrazione, o gruppo, bensì ad *uno* dei componenti di tale gruppo, in funzione concentrante. Del resto nella legislazione editoriale non sussiste alcuna ragione di personificazione del gruppo di imprese. Infatti secondo opinioni autorevoli (Ferri, Iaeger) la soggettivazione normativa dei gruppi si richiede soltanto laddove occorra apprestare per essi una disciplina di carattere derogatorio rispetto agli ordinari principi della legislazione in materia societaria. Tale però non è il caso della legislazione editoriale, che conosce implicitamente della realtà del gruppo nell'ambito del quale si realizza normalmente la concentrazione, al solo fine di disporne la repressione. Piuttosto è da notare che il legislatore come non parla affatto della concentrazione come soggetto della posizione dominante, neppure parla della società editrice o quantomeno di un'impresa — come invece nell'abrogato art. 4 — quale soggetto della fattispecie; dovendovi alludere sceglie di dichiarare dominante nel mercato editoriale il « soggetto » che giunga a editare o controllare testate oltre i limiti segnati. La modificazione del testo legislativo vale perciò ad includere tra i possibili destinatari del divieto oltre le società ed in specie le società editrici anche ogni altra impresa, anche individuale, anche avente altro oggetto sociale — come ad esempio le concessionarie di pubblicità la cui rilevanza a questi fini è testimoniata, come sopra detto, dalle previsioni dell'art. 12 della legge n. 416 del 1981, che di fatto abbia interesse nei quotidiani.

Ma non basta: l'allusione al protagonista della posizione dominante (e — lo si ripete — della relazione di collegamento e controllo) nei termini assolutamente astratti di « soggetto », svincolando questa figura di concentrante dal ruolo di « avente causa » dell'atto di acquisto della testata (come invece nel vigore dell'art. 4, legge n. 416) ovvero dal ruolo e dalla struttura di « impresa » protagonista dei rapporti di collegamento e controllo, vale ad includervi anche ogni altra figura soggettiva, indipendentemente dalla sua struttura soggettiva formale o sostanziale. Si intende dire che in base all'enunciato del nuovo testo legislativo il « soggetto », vale a dire il concentrante, può benissimo essere per esempio un azionista di una o più società interessate alla posizione dominante, ovvero un gruppo di capitalisti de-

tentori di partecipazioni in una o più società interessate, e comunque ogni realtà soggettiva cui, attraverso una serie di mediazioni corrispondenti alla casistica legale dei rapporti di collegamento e controllo, sia riconducibile il complesso delle testate che cumulativamente considerate eccedono i limiti legali. In sintesi: esprimendosi nei termini assolutamente astratti del « soggetto » il legislatore ha consapevolmente scelto nel senso dell'atipicità del protagonista della posizione dominante. Mentre è oggetto di valutazione legislativa stabilire quali forme di connessione tra le testate coinvolte nel fenomeno concentrativo valgono a farle considerare cumulativamente agli effetti dei limiti fissati per la difesa del pluralismo dell'informazione, per quanto concerne la struttura soggettiva del concentrante qualsiasi tipo di soggetto, societario, imprenditoriale, individuale, collettivo, editore, non editore, che si sia posto in grado di dirigere l'attività di tante testate che assommino più del 20% o del 30% della tiratura nazionale o oltre il 50% di quella interregionale o oltre la metà delle testate esistenti in una stessa regione è sicuramente idoneo a porsi quale destinatario delle sanzioni anticoncentrative.

4. IL CONTROLLO.

4.1. Si deve perciò ribadire sia l'atipicità della struttura e natura dell'elemento soggettivo della fattispecie, sia l'atipicità delle forme di dominio delle testate.

La scelta legislativa tuttavia non indebolisce la determinatezza del precetto, in quanto la ricognizione del fenomeno concentrativo resta saldamente legata all'individuazione delle forme di collegamento e controllo, che uniche valgono a consentire la considerazione contemporanea e cumulativa di tante testate che eccedono i limiti legali, in virtù delle connessioni fra i titolari del dominio di esse.

Contro la tesi appena prospettata può però nascere dalla lettura del testo legislativo (nella parte che afferisce all'individuazione della casistica di posizione dominante) un dubbio. Infatti, dove individua (nelle lett. a), b), c) e d) del comma 1 dell'art. 3 della legge n. 67) i casi suscettibili repressione, il legislatore sembra perlomeno presupporre una tipologia dei fenomeni concentrativi.

Effettivamente a prima lettura la legge sembra avere ipotizzato nelle lett. a), b) e c) tre ipotesi di « gruppo piramidale », e nella lett. d) una ipotesi di « gruppo paritario », le prime tre organizzate intorno al concetto di controllo, la quarta intorno al concetto di collegamento adottato dal codice nell'art. 2359.

Se così fosse, non qualsiasi forma di integrazione fra le imprese, bensì solo quelle che corrispondessero al modello immaginato, quelle cioè realizzate attraverso la costituzione di gruppi piramidali o paritari, e non attraverso altre interne geometrie, ricadrebbe nei rigori della legislazione antimonopolistica.

Se però il dubbio della prima lettura della disposizione dell'art. 3 della legge n. 67 sembra legittimo, esso è a sua volta foriero di perplessità: in effetti non sarebbe facile indicare una ragione razionale per la quale *l'effetto concentrativo*, vale a dire un non casuale né contingente orientamento comune di un ampio gruppo di testate di quotidiani, ricadrebbe nella sanzione legale nell'ipotesi in cui derivasse da certi espedienti, e non vi incapperebbe invece ove allo stesso effetto si pervenisse per altra via. Ma al di là di questi ragionamenti sul merito e sull'intenzione legislativa, un più sicuro elemento per trarsi fuori dalle perplessità è ricavabile dalla stessa lettera della disposizione.

Come meglio si spiegherà tra poco — ma ai fini della chiarezza giova anticiparne gli esiti — un esame più approfondito delle previsioni delle lett. a), b), c) e d) del comma 1 dell'art. 3 dimostra che in essi si prevede ben di più di quanto a prima vista appare: sia le ipotesi definite di controllo (*prima facie* legate alla configurazione del gruppo piramidale), sia e soprattutto l'ipotesi di collegamento, per il concetto di collegamento e controllo in esse adottato si estendono ben oltre l'ambito che inizialmente denunziano. Infatti le nuove nozioni legislative di collegamento e controllo precisate nel comma 2, che richiamano non soltanto il concetto dell'art. 2359 del codice ma anche l'ampia nozione contenuta nell'art. 1 della stessa legge 1987 n. 67 (nella parte in cui riformula il comma 8 dell'art. 1 della legge n. 416 dell'81) conducono ad inserire nel precetto antimonopolistico forme di integrazione anche completamente diverse quanto all'interna geometria da quelle cui si riferisce, a prima lettura, la previsione del comma 1 dell'art. 3 citato.

Illustro qui di seguito lo sviluppo del ragionamento di cui ho appena anticipato le conclusioni.

Nella lett. a) dell'art. 3 della legge n. 67 si descrive il gruppo piramidale esteso su scala nazionale che superi il 20% della tiratura in forza del dominio delle testate attraverso la loro diretta pubblicazione o il controllo delle società che le editano. Non interessano, ed infatti non sono affatto richiamate, le posizioni di mero collegamento.

Nella lett. b) si descrive il gruppo piramidale regionale che edita o controlla più del 50% delle testate di una regione (purché vi sia più di una testata) ed anche qui non interessano i casi di mero collegamento.

Nella lett. c) infine si descrive il gruppo piramidale esistente in un'area interregionale (nord ovest, nord est, centro, sud e isole) che superi oltre il 50% della tiratura o direttamente pubblicando le testate o controllando le loro editrici. Ancora una volta non rilevano i collegamenti.

Ai fini delle cennate previsioni si intende però per controllo non soltanto la casistica prevista dall'art. 2359 cod. civ., ma anche quanto è previsto dal comma 7 dell'art. 1 della legge n. 416, nel testo riformulato dall'art. 1 della legge n. 67. Alle ipotesi del codice vanno perciò aggiunte tutte quelle deducibili dall'elenco contenuto nella dispo-

sizione ultima richiamata, sia che si realizzino in via diretta, sia che si realizzino in via indiretta, come chiaramente esprime il comma 2 dell'art. 3 della legge n. 67.

I rapporti che valgono all'unitaria ricognizione delle concentrazioni repressi nelle prime tre lettere dell'art. 3 della legge n. 67 sono perciò: a) il controllo c.d. « di diritto » che hanno le società che dispongono, in virtù delle azioni o quote di altra società da esse possedute, della maggioranza richiesta per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria (art. 2359, n. 1); b) il controllo c.d. « di fatto » che hanno le società capaci di esercitare, in virtù delle azioni o quote da esse possedute, una influenza dominante in un'altra società (art. 2359, n. 2); c) il controllo che hanno le società capaci di condizionarne altre in funzione di particolari vincoli contrattuali (art. 2359, n. 2); d) i casi riconducibili al comma 8 dell'art. 1 citato, così come riformulato. Appare subito evidente, poichè nella sostanza risulta piuttosto consolidata ormai l'interpretazione della norma del codice, che l'effettiva portata della disposizione antimonopolistica, e quindi del concetto ivi adottato di controllo, dipendono interamente dalla corretta interpretazione di quest'ultima disposizione.

4.2. Tanto giustifica qualche premessa alla sua diretta esegesi.

La disposizione oggi vigente ha sostituito quella originariamente adottata (nell'ambito della disciplina della trasparenza della proprietà) dal testo dell'art. 1 della legge n. 416, per il quale « costituisce controllo la sussistenza dei rapporti configurati nell'art. 2359 cod. civ. o ogni caso di collegamenti di carattere finanziario e organizzativo tali da consentire la comunicazione degli utili e delle perdite o l'esercizio dei poteri imprenditoriali propri di ciascun soggetto in funzione di uno scopo comune ». È stata fin dal principio rilevata dalla dottrina la caratteristica di tale formula di esprimere non una casistica ma una clausola generale, d'altronde non nuova nella legislazione recente sui gruppi. A memoria di chi scrive infatti la formula indicata dei collegamenti di carattere finanziario tecnico ed organizzativo, si reperisce per la prima volta nella legge 12 agosto 1977, n. 675 sulla riconversione industriale, ma si ritrova più o meno analoga nella legge n. 216 del 1974 e soprattutto nella legge n. 95 del 1979 che costituiscono momenti di quella frammentaria ma non più del tutto insussistente disciplina dei gruppi d'impresa che si va formulando e la cui organica ricostruzione si viene da più parti auspicando nel nostro ordinamento.

Era però sin dal principio sorto dissenso — e non si ha davvero bisogno di ricordarlo a codesto Ufficio — sull'applicabilità di tale norma-principio alla sola disciplina della trasparenza, ove è inserita, o anche alla disciplina antimonopolistica. Il problema è oggi testualmente risolto dalla legge nuova nel senso della sicura applicabilità del concetto di controllo adottato ai fini della trasparenza a tutta la disciplina antimonopolistica. Appare evidente che fin dal principio l'opzione tra le opposte tesi ha assunto un valore pratico in quanto il richiamo del concetto di controllo contenuto nel (riformulato) com-

ma 8 dell'art. 1 risulta capace di estendere a fini antimonopolistici il controllo (e quindi le possibilità di ricostruzione unitaria delle concentrazioni) ben oltre la casistica in verità molto ristretta prevista dal codice civile.

Alla base della tesi interpretativa estensiva stavano, oltre ad una serie di argomenti desunti da una lettura razionale del complesso delle disposizioni, preoccupazioni nascenti dalla constatazione che i modi della concentrazione nel mercato appaiono continuamente variabili, assai dinamici e fluidi, e pertanto ad essi ben si attaglierebbe una previsione non già casistica bensì flessibile ed ampia come quella adottata dal legislatore nell'ambito della disciplina della trasparenza.

Non va però nascosto che lo stesso legislatore, che pure l'aveva adottata, a solo un anno dall'emanazione della legge n. 416, nell'ambito della disciplina attuativa (d.P.R. 27 aprile 1982, n. 268) aveva sentito il bisogno di precisare che « per collegamenti di carattere finanziario ed organizzativo si intendono quei collegamenti i quali determinano una distribuzione degli utili o delle perdite, derivanti dall'attività delle imprese editrici, diverse, quanto ai soggetti ed alla misura, da quelle che sarebbero avvenute in base all'assetto della proprietà, in assenza di quei collegamenti, nonché quei collegamenti in virtù dei quali vengono attribuiti poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dal numero delle azioni possedute ». Ed era fin da allora lecito chiedersi se anche nell'ambito della sola disciplina della trasparenza le norme di attuazione avessero inteso restringere la portata del principio contenuto nella norma base e in caso affermativo se tale interpretazione restrittiva, supposta corretta, fosse allora legittima.

Allo stato attuale quella disposizione non è più vigente in quanto il comma 8 dell'art. 1 è stato, come detto, interamente riformulato. La riformulazione ha adottato, almeno apparentemente salvo quanto si dirà, un diverso stile dispositivo, ancora una volta elencativo, e in una certa misura casistico, ma ha perlomeno risolto il più grave dubbio interpretativo. Infatti per esplicita previsione della legge nuova la nozione di controllo di cui si fa ricognizione nel riformulato comma 8 dell'art. 1 è immediatamente e doverosamente applicabile anche alla repressione delle concentrazioni disposta nello stesso art. 3 della legge n. 67.

Ora, è opinione di chi scrive, ma — si crede — ben fondata sulla lettera della nuova disposizione, che l'espresso richiamo nella norma antimonopolistica del concetto di controllo adottato ai fini della trasparenza non avrebbe alcun senso dispositivo (ed è evidente che la legge non può che essere interpretata nel senso in cui ha qualche effetto) se non ampliasse *oltre* i casi dell'art. 2359 c.c. il controllo e collegamento al fine della ricognizione e repressione delle concentrazioni. Si è voluto qui subito fornire l'argomento, in quanto esso servirà a sciogliere il primo e principale problema esegetico della nozione di controllo contenuta nel comma 8 che si va ad analizzare.

4.3. L'enunciato precettivo di questo può dividersi logicamente in quattro parti.

Nella prima parte si ritrova anzitutto l'invariata previsione secondo la quale « le persone fisiche e le società che controllano una società editrice di giornali quotidiani, anche attraverso intestazione fiduciaria delle azioni o delle quote o per interposta persona, devono darne comunicazione scritta alla società controllata ed al servizio dell'editoria entro 30 giorni dal fatto o dal negozio che determina l'acquisizione del controllo ». Vengono così confermati anzitutto due modi di controllo non direttamente nominati nell'art. 2359 cod. civ.: il controllo attraverso intestazione fiduciaria e il controllo attraverso interposta persona fisica o giuridica. Quanto al primo caso poiché è vietata dal comma 6 dell'art. 1 della legge n. 416 l'intestazione fiduciaria delle partecipazioni di maggioranza o comunque delle partecipazioni di controllo in società di capitali editrici o controllanti di editrici, bisogna comprendere che la norma si riferisce ad intestazioni fiduciarie di partecipazioni in ogni senso « minoritarie » che, però, ove rimasero nascoste e potessero venir cumulate a quelle possedute in maniera evidente, potrebbero attribuire al possessore pieno controllo della società editrice. Quanto invece al controllo attraverso interposizione, appare a chi scrive un punto ingiustamente trascurato della disciplina legale. Infatti in tutte le occasioni nelle quali si è avuto ragione di chiedersi se situazioni non direttamente nominate e comunque situazioni di carattere mediato di controllo potessero ritenersi rilevanti ai fini legali, poteva trovarsi nell'esplicita menzione che qui si fa dell'interposizione come mezzo del controllo l'espressa conferma del fatto che la nozione legale ricomprende *qualsiasi* situazione mediata, fittizia o reale, tipica o atipica, in cui il potere sostanziale non corrisponda all'investitura formale, ma consenta l'effettivo dominio della società editrice o direttamente della testata. Del resto l'adozione di questa nozione latissima di interposizione al fine di realizzare un organico sistema di ricognizione delle concentrazioni non è un *unicum* nella legislazione antimonopolistica: recentemente la legge 17 aprile 1986, n. 114, in tema di « controllo delle partecipazioni bancarie in attuazione della direttiva CEE n. 83/350 del 13 giugno 1983 in tema di vigilanza su base consolidata degli enti creditori » prevede che « ...la Banca d'Italia richiede la trasmissione di situazioni e dati consolidati alle aziende di credito e agli istituti di credito a lungo e medio termine sottoposti alla propria vigilanza che posseggano, anche attraverso società controllate o fiduciarie ovvero comunque attraverso soggetti interposti, partecipazioni in società o enti, aventi sede in Italia o all'estero esercenti attività creditizia ovvero in via esclusiva o principale attività finanziaria ».

Nella seconda parte (in senso logico) dell'enunciato precettivo del riformulato comma 8 dell'art. 2359 cod. civ. per asserire che costituisce controllo ai fini delle leggi editoriali la sussistenza dei rapporti in esso come tali configurati. Costituiscono dunque controllo anche agli effetti delle leggi editoriali: a) la partecipazione al capitale; b) gli speciali vincoli contrattuali fra le società. Per quanto concerne le varie forme di partecipazione al capitale tuttavia la legge nuova nel mo-

mento stesso nel quale richiama la nozione del codice vi introduce una prima esplicita estensione in quanto nel comma 2 dell'art. 3 prevede che tutti i rapporti di controllo abbiano rilevanza « anche quando sono posti in essere nei confronti della società editrice da parte di società direttamente o indirettamente controllate »; riesce così risolto uno dei problemi più a lungo dibattuti sulla portata della norma dell'art. 2359 cit.

Per quanto concerne invece gli speciali vincoli contrattuali, le nuove disposizioni editoriali limitandosi a richiamare quella del codice civile non apportano su questo punto alcuna espressa modifica. Restano perciò oggetto di perplessità tutti quei vincoli contrattuali che non intercorrano fra le società; e qualche dubbio (ma più avanti di ciò meglio si dirà) potrebbe nascere per quei particolari vincoli contrattuali (valga per tutti l'esempio dei management contracts) che, non foss'altro per la loro recente diffusione, ancora non sono stati consacrati dalla prevalente letteratura come caso sicuro di applicazione del n. 2 dell'art. 2359 in discorso.

Piuttosto invece è da dire che una interpretazione tendenzialmente estensiva della casistica degli « speciali vincoli contrattuali » appare imposta dalla previsione, in altra parte della legislazione editoriale, della rilevanza a fini antimonopolistici di vincoli « contrattuali » quali quelli che si instaurano con le società concessionarie di pubblicità esercenti l'esclusiva, ed allora (per le ragioni sopra illustrate e per motivi di interpretazione razionale e combinata dei disposti normativi) anche con imprese esercenti i servizi tipografici e così via.

Una terza parte, sempre in senso logico, del disposto normativo è quella costituita dall'ultima proposizione in esso contenuta, fino alle soglie dell'elenco che la chiude; quella cioè per la quale « si ritiene esistente, salvo prova contraria, l'influenza dominante prevista dal comma 1 dell'art. 2359 cod. civ. quando ricorrano rapporti di carattere finanziario o organizzativo che consentono:... ». Si tratta di previsione altamente problematica. E ciò sia per quanto concerne il rapporto di questa previsione (che imposta poi il successivo elenco) con il richiamo della nozione del codice civile, sia per quanto riguarda il meccanismo della prova contraria in essa inserito.

A prima vista infatti questa previsione sembrerebbe doversi dire tutta interna alla nozione dell'art. 2359 cod. civ. È noto che nella casistica di questo costituisce controllo di fatto la partecipazione anche minoritaria al capitale quando attribuisce una « influenza dominante », e pertanto la norma sembrerebbe dire che, sempre all'interno della specifica previsione dei casi di partecipazione al capitale o di sussistenza di particolari vincoli contrattuali, è possibile ai fini delle leggi editoriali ritenere sussistente l'influenza dominante di cui al n. 2 dell'art. 2359 nelle ipotesi successivamente elencate. Ma appare subito chiaro che se così fosse l'aver richiamato nella norma antimonopolistica il concetto di controllo del comma 8 dell'art. 1 (riformulato) non sarebbe affatto valso ad ampliare le previsioni dell'art. 2359 cod. civ.; con evidente irrazionalità ed inefficacia pratica del disposto normati-

vo. Che si limiterebbe a dare indizi (neppure casi) di quell'influenza dominante già ricostruibile in via esegetica della previsione del n. 2 citato della norma del codice. Anzi il legislatore si sarebbe dato cura nella novella di chiarire esplicitamente — ben conscio che ciò aveva costituito oggetto di accanito dibattito — che la nozione di controllo adottata ai fini della trasparenza vale anche ai fini anticoncentrativi, per poi abrogare nella riformulazione proprio quella parte della disposizione per la quale la sua estensione ai fini anticoncentrativi era stata invocata. E questo francamente non è credibile.

Ma al di là della verosimiglianza, sono specifici argomenti esegetici che impediscono di aderire all'ipotesi per scrupolo e per chiarezza appena formulata. Innanzitutto per la mera apparenza del dato semantico che sembra fondarla. L'interprete infatti può venire indotto a ritenere che tutto l'insieme degli indicati rapporti organizzativi e finanziari elencati nel riformulato comma 8 dell'art. 1 sia interno al contenuto dell'art. 2359 cod. civ. solo perché il testo recita « ...l'influenza dominante prevista dal comma 1 dell'art. 2359... ». Ma l'illusione è solo frutto della sconnessa tecnica legislativa, che ricorre alla citazione di articoli non già per rinviare al loro precetto (con i suoi contenuti, la sua portata, i suoi limiti) ma solo perché ivi viene toccato lo stesso concetto. Esempio chiaro ed inconfutabile di questo senso delle citazioni legali si ha (se si vuole un raffronto) nel comma 10 dell'art. 3 della legge n. 67 ove il testo recita « il garante di cui all'art. 8 della legge n. 416... » dicendo cosa perfettamente inutile poiché il garante non può che essere quello « di cui all'art. 8 ».

Con la stessa tecnica è redatta qui la disposizione, nella quale le parole che rinviano alla norma del codice non hanno alcuna funzione dispositiva utile e pertanto *non* intendono dire (come invece potrebbe sembrare) « ...l'influenza dominante attraverso la partecipazione al capitale o attraverso gli speciali vincoli contrattuali, e solo quella, di cui al n. 2 del comma 1 dell'art. 2359 cod. civ. ».

Esistono comunque ulteriori argomenti contro l'interpretazione appena disattesa: tale interpretazione infatti è insostenibile per il solo fatto che si prevedono nella norma rapporti di carattere finanziario organizzativo (v. meglio nell'elenco) che non consistono sempre né in partecipazioni al capitale né in speciali vincoli contrattuali tra le società.

Resta dunque confermato che tutta la casistica introdotta con l'apparente richiamo all'art. 2359 cod. civ. si pone in realtà completamente al di fuori della portata di questo ed *aggiunge* casi ulteriori e diversi.

Un secondo e molto complesso problema è invece dato dal valore meramente « indiziario » che alla successiva casistica attribuisce l'esordio che l'introduce. Gli ulteriori casi di controllo dell'elenco infatti, pure aggiungendosi a quelli della norma del codice, non acquistano lo stesso valore, perché essi debbono indurre il giudicante a ritenere sussistente l'influenza dominante solo « fino a prova contraria ». Così mentre se il giudice accerta in fatto — per esempio — una parte-

cipazione al capitale minoritaria ma sufficiente per la polverizzazione del residuo o per l'assenteismo degli altri azionisti a controllare la società, non può che dedurne la sussistenza dell'influenza dominante, se invece accerta — sempre per esempio — una anomala attribuzione del potere di nomina degli amministratori e dirigenti o una anomala distribuzione degli utili o delle perdite non è perciò vincolato a ritenere sussistente quell'influenza dominante. Ciò detto però, si entra nella più piena oscurità: infatti da un lato è comunque oggetto di libero apprezzamento anche l'accertare che certi specifici vincoli contrattuali o una certa misura di partecipazione minoritaria al capitale basta o non basta a dominare la società; dall'altro non è possibile comprendere come possa funzionare il meccanismo induttivo della prova contraria, che a ben vedere si risolve in una impossibilità logica. Non si capisce infatti, essendo i rapporti finanziari ed organizzativi delle lett. a), b), c), d) ed e) dell'elenco la prova tipica a favore della sussistenza dell'influenza dominante, che cosa sarebbe in realtà idoneo ad escluderne l'efficacia. Né può certo pensarsi che il giudice possa escludere la valenza probatoria della casistica dell'elenco quando nel caso concreto essa non fonda effettiva influenza dominante, perché questo indurrebbe nel circolo vizioso di interpretare la disposizione come se dicesse che si ritiene esistente l'influenza dominante quando ricorrono i rapporti ivi elencati salvo quando non si ritiene esistente l'influenza dominante. Di cui è evidente l'assurdità.

Per dare perciò un senso al meccanismo della prova contraria si è costretti ad intuire tra le righe del precetto che esiste, inespresso, ma implicito e logicamente assolutamente necessario, un termine mediatore dell'accertamento giudiziale. Occorre insomma interpretare come se la norma dicesse « sussiste influenza dominante quando dai rapporti a), b), c), d) ed e) si evince la circostanza *x*) che la dimostra; non sussiste invece quando da tali rapporti non si evince la realtà di tale circostanza ». Ma quella circostanza, per la quale quei rapporti di carattere finanziario ed organizzativo attribuirebbero influenza dominante, resta allo stato ancora indeterminata.

4.4. Per comprenderne l'esatta valenza occorre finalmente introdursi all'esegesi della quarta e finale parte, sempre in senso logico, della disposizione in esame, che contiene la specifica casistica che il legislatore ha voluto sostituire alla clausola generale contenuta nel testo originario del comma 8 dell'art. 1 della legge n. 416. I cinque casi ivi elencati possono a parer di chi scrive agevolmente risuddividersi a due a due.

Costituiscono rapporti di carattere finanziario le previsioni della lett. a) e della lett. c), vale a dire quelle relative alla comunicazione degli utili e delle perdite, ovvero ad una loro distribuzione diversa, quanto ai soggetti o alla misura, da quella che sarebbe avvenuta in assenza dei rapporti stessi. Superfluo aggiungere che le due previsioni in sostanza non fanno che richiamare quanto già si precisava nella poc'anzi ricordata norma del decreto di attuazione della legge n. 416. Si incontrano qui ipotesi di rapporti di carattere finanziario in senso

lato, ipotesi cui può dar vita sia, nei limiti nei quali è ammissibile nel diritto italiano, quanto si pratica normalmente negli ordinamenti (come quello germanico) che disciplinano particolari relazioni contrattuali fra società controllante e controllata, sia una pattuizione di carattere parasociale che intervenga fra i partecipanti al capitale in modo da distribuire diversamente utili e perdite.

Nelle lett. *d)* ed *e)* si contiene invece la previsione di speciali rapporti di carattere organizzativo. Carattere organizzativo da intendere in senso strettissimo, in quanto entrambe le previsioni si riferiscono sostanzialmente alla funzione degli organi societari: nella lett. *d)* si prevede infatti l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dal numero delle azioni o quote possedute e nella lett. *e)* l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta degli amministratori e dei dirigenti delle imprese editrici nonché dei direttori delle testate editte. Ad opinione di chi scrive non è di alcun rilievo che l'anomala attribuzione o distribuzione dei poteri dipenda da una specifica base negoziale (quale potrebbe essere un patto di sindacato di voto ad esempio) o si realizzi di fatto, o attraverso meccanismi di carattere personale, quali quelli c.d. di *interlocking directorate*. La legge infatti coglie l'effetto, e non da rilievo alle cause.

Quel che è opportuno ribadire è che nessuno dei quattro casi deve in realtà venire identificato in modo specifico con questo o quell'espediente invalso nella pratica: unico criterio interpretativo ragionevole appare quello per il quale purché si realizzi l'effetto della comunicazione degli utili o delle perdite o della loro anomala distribuzione o attribuzione dei poteri, il legislatore ritiene integrata la situazione che intende colpire.

Tanto introduce al quesito che subito si affaccia nella mente dell'interprete di fronte ad ogni norma di carattere elencativo: se cioè essa contenga un elenco esemplificativo o tassativo di casi. Se da un lato infatti il meccanismo della prova contraria consente di escludere che l'influenza dominante rilevante ai fini antimonopolistici sussista anche quando sussiste invece uno di quei cinque casi, è allora altrettanto ragionevole chiedersi se essa non possa sussistere anche quando non sussiste alcuno dei quattro casi finora rassegnati. E la risposta a parer di chi scrive va cercata nella previsione, per questo finora omessa, dalla lett. *b)* che appare di natura e portata ben diversa da quella delle altre quattro lettere della disposizione.

Piuttosto va subito chiarito che, sempre ad opinione di chi scrive, il problema appena accennato si sposa non casualmente con quello lasciato in sospeso riguardante il meccanismo della prova contraria.

Perché se per forza logica deve esistere una circostanza evincibile dal complesso dei casi elencati, ma con essi evidentemente non sempre coincidente, da cui indurre se in concreto sussiste oppure no l'influenza dominante rilevante ai fini antimonopolistici, o questa circostanza può per sua natura esistere anche in altri casi, ed allora l'elenco è meramente esemplificativo, o essa non può, ma allora è da cre-

dere che ciò sia impossibile perché quelli, semplicemente, sono tutti i casi possibili. In quest'ultimo caso però, essendo poco verosimile che sussistano in concreto solo cinque possibilità, si deve evidentemente indursi a credere che in quei cinque casi è presente in realtà, sebbene apparentemente inserito in una mera casistica, un criterio guida o clausola generale che ancora una volta e per questa via rende l'elenco non già previsione tassativa di specifici casi, bensì previsione flessibile, estensibile a tutte le ipotesi nelle quali rapporti di carattere finanziario e organizzativo realizzino un'influenza dominante rilevante a fini anticoncentrativi. L'ipotesi appena formulata trova immediatamente conferma quando si passi all'esegesi di quanto è previsto nella lett. b), in cui si rende rilevante « il coordinamento della gestione dell'impresa editrice con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune o ai fini di limitare la concorrenza tra le imprese stesse ».

È ben noto che nella realtà economica si profilano continuamente nuove forme di aggregazione, integrazione, coordinamento, subordinazione fra imprese, con mezzi che si rinnovano. Esse approdano con gradi di intensità decrescenti a veri e propri gruppi piramidali, a gruppi paritari, a mere forme di integrazione nella maniera dell'intesa o cartello, a semplici rapporti di controllo organico che non danno vita a gruppo, ovvero a puri fatti di coordinamento tecnico.

Qualsiasi approccio legislativo che punti sulla cristallizzazione dei casi è destinato, nel quadro di una legislazione antimonopolistica, all'insuccesso. Il maggior problema del legislatore è — senza chiudersi in formule non flessibili — riuscire ad individuare la soglia sotto la quale quelle forme di collegamento non sono più effettivamente pericolose per il mercato e per il pluralismo. È appunto quanto ha fatto però il legislatore della legge n. 67 quando ha indicato due direttrici specifiche. Infatti nell'ottica legislativa due soli criteri sembrano utilizzabili: quello dell'incidenza sulla concorrenza, nel senso dell'effetto limitativo che su di essa hanno le varie forme di integrazione, ovvero quello di carattere strutturale che punta sulla ricognizione della nascita di un unitario centro di interessi, al di là e al di sopra dei singoli partecipanti. Ma questo è appunto quanto si prevede nella lett. b) facendo perno sul coordinamento della gestione fra le imprese, alternativamente, o al fine del perseguimento di uno scopo comune, che evidentemente è in grado di segnalare la prevalenza sugli interessi oggettivi di ciascuna impresa partecipante degli interessi dell'insieme a cui essa partecipa, ovvero al fine di limitare la concorrenza, che evidentemente segnala l'alterazione apportata al mercato della costituzione della concentrazione. Anzi, ragioni di sintesi logica possono indurre a prospettare lo stesso fine di limitare la concorrenza come uno tra quelli di maggior spicco degli scopi comuni il cui perseguimento attraverso il coordinamento della gestione esprime la trasformazione di una pluralità di operatori economici in « concentrazione » (da che la rilevanza della loro considerazione unitaria a fini antimonopolistici). Così intesa però la previsione della lett. b) è ben lungi

dall'esprimere uno specifico caso: essa si pone piuttosto come il senso fondamentale dell'intera casistica e dunque come una clausola generale e riproduce nei suoi modi e limiti l'effetto dispositivo che era proprio dell'antico e oggi riformulato testo del comma 8 dell'art. 1. Essa inoltre evidentemente indica qual è la circostanza subordinatamente alla quale, o all'inesistenza della quale, il giudicante potrebbe tuttavia ritenere insussistente l'influenza dominante anche quando sussistano le altre ipotesi contenute nelle altre quattro lettere dell'elenco. Infatti ove particolari rapporti finanziari o organizzativi, nonostante tutto non segnalino un coordinamento di gestione, non consentano di individuare uno scopo comune, non abbiano alcuna incidenza sulla libera concorrenza, non varrebbero da soli a segnalare un fatto concentrativo.

Questo appare dunque il concetto di controllo fondamentale ai fini della legislazione editoriale, che evidentemente ricomprende ed assorbe in sé, mutandone orientamento e fini, anche la nozione di controllo elaborata dal codice. E come si vede si tratta di una nozione che solo impropriamente può essere definita di « controllo », in quanto riassume nel proprio seno anche casi di mero collegamento. Né questa nozione è negata a una particolare geometria dell'insieme considerato: gruppi paritari gruppi piramidali, forme di controllo organico, cartelli o intese possono egualmente bene servire allo scopo del coordinamento della gestione al fine di uno scopo comune. È addirittura possibile che l'effetto si realizzi non già in capo ad una singola società controllante bensì in capo ad un altro operatore economico (un singolo azionista, un gruppo di azionisti, un insieme di azionisti sparsi nell'ambito delle varie società partecipanti al gruppo) sempre che naturalmente la loro presenza nella « concentrazione » sia la pietra su cui viene edificato il coordinamento di gestione. In questo quadro nulla esclude perciò anche la possibilità, da molti contestata, del controllo congiunto attraverso collegamenti (ovviamente non necessariamente quelli di cui al comma 2, dell'art. 2359) dei vari operatori economici che si sono connessi nella concentrazione. Nulla infatti impedisce di pensare che l'influenza dominante, normalmente unilaterale, possa altrettanto bene essere reciproca, come nel caso in cui più operatori economici coinvolti nel gruppo, avendo comune interesse ad allearsi per sfruttare la somma del loro potere nel mercato, costituiscano reciproci rapporti organizzativi o finanziari in forza dei quali ciascuno, da solo altrimenti incapace, può approdare (anche se non necessariamente sempre nella stessa misura degli altri) ad esercitare un irresistibile condizionamento su tutte le altre imprese del gruppo e, attraverso il loro insieme, sul mercato.

5. IL COLLEGAMENTO.

La ricognizione dell'elemento connettivo prosegue a questo punto occupandosi del « collegamento ».

In una teoria dei rapporti intersocietari il « collegamento » dovrebbe essere addirittura il *genus* di cui il controllo è una *species*. Invece nell'art. 2359 il collegamento è solo il nome delle partecipazioni di una società al capitale di un'altra nella misura del 10%, ovvero del 5% se la seconda è quotata in borsa.

Allorché l'ambigua dizione dell'art. 4 della legge n. 416 propose l'alternativa di restringere controllo e collegamento alle nozioni codicistiche o estenderli a quelle del comma 8 dell'art. 1, così come era in questo secondo caso possibile allargare il concetto di controllo era, forse anche a maggior ragione, possibile allargare il concetto di collegamento. Oggi che l'integrazione è asseverata, ma su una base testuale riformulata, e « il collegamento è definito ai sensi del comma 2 dell'art. 2359 cod. civ. » proporsi integrazioni interpretative del concetto di collegamento desumendole dalle altre previsioni della legge o in specie dal comma 8 dell'art. 1 è inequivocabilmente vietato: *ubi tacuit noluit*.

Certo l'interprete che presti ossequio alla volontà legislativa non può non riconoscere tra sé quanti tipi di collegamento il legislatore ha inserito nella casistica dei « controlli » del comma 8 dell'art. 1. Ma ha poco da compiacersene, pensando che gli equivoci teorici comunque non giovano a rendere chiara una norma, la lett. d) dell'art. 3, comma 1, che è la più equivoca dell'intero complesso normativo anti-concentrativo.

L'unico progresso sicuro è infatti la dichiarata rilevanza dei collegamenti attraverso una società direttamente o indirettamente controllata.

Perciò se la casistica delle lett. a), b) e c) dell'art. 3, comma 1 è di soli rapporti di « controllo » (salvo quanto appena detto, per cui viene chiamato « controllo » quel che forse è collegamento) la casistica dell'ultima parte del comma è dichiaratamente mista: il legislatore prefigura che una certa percentuale della tiratura nazionale possa contarsi cumulativamente in quanto nelle mani di un arcipelago di società connesse da rapporti di collegamento, o di controllo anche solo indiretto.

Se testé s'è detto « una certa percentuale » e non *tout court* il 30% (come dice la norma) è per non pregiudicare prima d'affrontarlo un primo problema d'ordine quasi solo linguistico. Intesa alla lettera infatti, la disposizione sembra dire che il limite di concentrazione è superato se taluno diventa titolare di collegamenti con società editrici « la cui tiratura » (*scilicet*: la tiratura di tali società editrici) sia stata superiore nell'anno solare precedente al 30% di quella nazionale. Questa lettura « letterale » non regge alla critica. La supposizione che il divieto legale operi allorché il limite del 30% è già superato dall'insieme delle società con cui taluno ulteriormente si collega è un nonsenso. Infatti in questo modo non si arriverebbe mai a determinare oggettivamente un limite predefinito: superiore al 30% è *qualsiasi* maggior volume di tiratura.

Bisogna perciò convincersi — e si direbbe senza fatica — che, ben al contrario, il legislatore ha inteso fissare un limite specifico, il 30%,

che si suppone valicato nel momento in cui ad un insieme di editrici che cumulano meno del 30% si collega taluno che, con la tiratura a lui facente capo, porta il totale oltre il 30%.

Questo induce un corollario: così stando le cose, colui che costituisce l'ulteriore collegamento (il « taluno » dell'enunciato) è, almeno in prima battuta, editore (perché proprietario, affittuario, affidatario in gestione). Oppure è — non pare necessaria apposita dimostrazione — titolare di partecipazione di controllo in editrici, o in società che immediatamente o indirettamente controllano editrici. Oppure esercita l'esclusiva pubblicitaria.

Dunque nella previsione finale del comma 1 dell'art. 3 entra, con il collegamento inteso come partecipazione del 10/5% al capitale, anche ogni altra forma di controllo.

La rilevanza dei collegamenti risulta così contemporaneamente ristretta ed allargata rispetto all' (ipotesi di integrazione con il comma 8 dell'art. 1 dell') interpretazione della norma anticoncentrativa (ovviamente nel vecchio testo).

E qui si apre una delle novità assolute e forse meno padroneggiate dal legislatore della novella.

Per meglio chiarirne il senso verrà immaginato un caso. La società A con le sue controllate ha in mano il 18% della tiratura nazionale. La società B con le sue controllate domina invece un ulteriore 10%. Ad un certo momento A acquista una partecipazione del 10% (o del 5% se si tratta di S.p.A. quotata) in B. Successivamente B acquista il controllo o comunque si collega ad un'ulteriore editrice che detiene una percentuale di tiratura superiore al 2% (per es. 5%).

Non c'è dubbio che il cumulo eccede a questo punto il limite legale. Ma l'eccesso, mentre deriva dal fatto di B, che però di per sé non controlla più del 15%, si verifica in capo ad A, che indubbiamente controlla o è collegata con tante editrici che tirano complessivamente il 34%, ma nulla ha essa stessa fatto per trapassare dal 28% al 34%.

Se codesto Ufficio volesse proporre azione di nullità dovrebbe porsi la domanda: proporla contro B, che è autrice e parte dell'atto da dichiarare nullo, ma del tutto inutilmente poiché essa non incappa nel divieto legale; o proporla contro A, che è in indiscutibile posizione dominante, ma non è legittimata passivamente all'azione di nullità?

Il caso non è che la punta di un iceberg. Con dettagli diversi lo stesso problema si verifica in altre ipotesi ancorché non necessariamente connesse a fenomeni di collegamento.

Interessa però strettamente questo tratto del discorso perché costringe a sceverare la vera natura della coalizione cui allude la previsione in esame.

Già nel vigore dell'antica normativa l'interpretazione restrittiva (quella cioè che intendeva collegamenti e controlli limitandoli alla casistica del codice) aveva in sostanza questo senso: non c'è « concentrazione », non si imputano cumulativamente testate e tirature, se non c'è un *dominus* individuo al suo vertice. Questa visione un po' veterocapitalistica è insostenibile di fronte alla norma in esame, an-

che a prescindere dalle disposizioni di carattere interpretativo già ricordate. Certamente il legislatore adotta maggiore prudenza nel riconoscere concentrazioni là dove si formano gruppi paritari o orizzontali. E infatti eleva il limite di tiratura dal 20% al 30%. Ma per ciò solo che reprimere l'esistenza di tali raggruppamenti nel mercato editoriale, quando superano quel limite, indipendentemente dall'imputabilità della causa dello sconfinamento a chi ne beneficia, dimostra di avere adottato una logica ben diversa da quella di cinque anni prima.

Fino a che la repressione delle concentrazioni consisteva nella nullità a carico dell'« avente causa » di acquisti inibiti, si poteva ancora credere che la sanzione presupponesse l'imputabilità dell'atto ad un « responsabile ». Se ora, come pare e meglio vedremo, la posizione dominante è repressa a carico di chi l'attinge, anche indipendentemente dall'imputabilità a lui dell'atto d'acquisto, siamo ormai di fronte ad un'altra logica. La legge chiarisce di reprimere la posizione, non l'atto, e per farlo non può che, da un lato (e lo vedremo poi) ampliare in una direzione affatto nuova i poteri del Garante, dall'altro accettare di perseguire non più il *soggetto dell'atto*, che in via più o meno diretta era la società che controllava la testata eccedentaria, sia pure in forza, ma solo sullo sfondo, dei suoi legami con le altre del cumulo, bensì il *soggetto della posizione*. Ma tale è qualsiasi operatore economico (non importa se individuo o collettivo se coincidente con una delle società o con una *lobby*) che si riveli protagonista, al di là del ruolo meramente formale di « avente causa », della conformazione del gruppo in questa o in quella maniera, e della sua collocazione formale in esso, della posizione dominante.

Così ridotta al suo senso razionale la previsione della lett. d) non è solo un caso particolare, il caso cioè del collegamento (nel senso dell'art. 2359 cod. civ.) che perviene ad oltre il 30% della tiratura. È anche una clausola finale che implicitamente ma inequivocabilmente dice essere comunque contraria alla legge qualsiasi forma di integrazione cartello o intesa i cui connettivi consistano delle forme di controllo e collegamento del codice, e di ogni altra forma diretta o indiretta di controllo riconducibile all'allargata nozione di cui al comma 8 dell'art. 1, del tutto indipendentemente dalla sua interna geometria e dall'identità del beneficiario.