Il contratto di gestione alberghiera

di Chiara Alvisi

Il contratto di gestione alberghiera (o di *management*) è un contratto atipico, diffuso nella prassi internazionale di numerosi settori industriali. Lo studio analizza i contenuti ricorrenti dei contratti di gestione impiegati nel settore alberghiero. Mediante il contratto di gestione alberghiera una «catena alberghiera» assume, a fronte di un corrispettivo di natura economica, l'obbligazione di amministrare un albergo, in nome, per conto e a rischio del titolare dello stesso, servendosi normalmente del *know-how* e dei segni distintivi propri, ma attenendosi alle istruzioni del titolare dell'albergo. La sua ricezione nell'ordinamento italiano impone innanzitutto di valutarne la meritevolezza di tutela, atteso il rischio che l'adozione di tale schema contrattuale consenta la dissociazione, in concreto, fra direzione e rischio di impresa. Si pone, inoltre, il problema di esaminarne la liceità nell'ordinamento giuridico italiano, alla luce dei principi di ordine pubblico fondanti l'organizzazione societaria e in particolare del principio che, nelle società azionarie, riserva la gestione dell'impresa alla competenza esclusiva del consiglio di amministrazione, non consentendo la delega esterna. Si esamina, infine, la compatibilità della fattispecie contrattuale oggetto di analisi con le norme a tutela della concorrenza, in considerazione della sua idoneità ad instaurare vincoli di controllo contrattuale esterno fra società proprietaria e società di gestione.

Definizione e contenuto del contratto di gestione alberghiera

Il contratto di gestione alberghiera è un **contratto atipico**, diffusosi nella prassi del commercio internazionale durante il XIX secolo, quando si costituirono in Gran Bretagna numerose *managing agencies* con l'obiettivo di qualificare e gestire le numerose imprese industriali e commerciali presenti nelle colonie del *Commonwealth*, e in particolare nel sud-est asiatico. Si tratta di una tipologia contrattuale che è stata **impiegata in diversi settori**, da quello minerario a quello siderurgico, chimico, elettrico, assicurativo e dei trasporti, ma che ha trovato la sua più ampia applicazione nel settore alberghiero.

In mancanza di una definizione normativa, i **tratti caratterizzanti** di questo contratto vanno desunti dalla tipizzazione sociale operata dalla prassi degli affari. Poiché la prassi mercantile ha una dimensione globale, che le attribuisce, per certi aspetti, una vocazione universale, mi avvarrò, in mancanza di precedenti domestici a carattere specifico, sia in giurisprudenza che in letteratura (1), dell'opera ricostruttiva condotta dagli studiosi e dalle corti degli ordinamenti in cui questa fattispecie contrattuale ha trovato una significativa diffusione.

Una studiosa spagnola ha definito il contratto di gestione alberghiera come quel tipo contrattuale mediante il quale una «**catena alberghiera**» assume l'obbligazione di amministrare un albergo in nome,

Nota:

(1) In Italia, il tema dei contratti di gestione consta di un unico e antico precedente giurisprudenziale, riferito al mandato per la gestione di stabilimenti siderurgici: cfr. Corte di Cassazione di Torino, 1° giugno 1917, *Ferro c. Società siderurgica di Savona*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, 676. In dottrina si rinviene un solo contributo monografico, a carattere generale, di P. Montalenti, *La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i «management contracts»*, in *CeI*, 1987, 436 ss.; Id., voce *Contratto di gestione*, in *Dig. it. Sez. comm.*, IV, 1989, 91 ss., che epitoma il precedente saggio. Questo studio viene richiamato con riferimento ai contratti di gestione infra-gruppo da A. Aloe, *I contratti nei gruppi di società: management contracts e tutela dei contraenti deboli*, in *I nuovi contratti*, a cura di E. Napolillo, Piacenza, 2002, 137 ss. Sulle differenze fra contratto di gestione, da un lato, e contratti di esercizio di azienda e contratti di dominio, dall'altro, si veda: M. Lamandini, *Il «controllo», nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, 163 ss. Cenni ai contratti di gestione dell'azienda sociale da parte di consulenti nominati da una società terza si rinvengono in A. Musso, *Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali»*, in *CeI*, 1995, 33 ss. L'Autore rileva che queste tipologie contrattuali, quando instaurino di fatto una «unità direzionale» fra gli amministratori della società terza e gli amministratori della società «gestita», possono dar luogo ad un «controllo esterno» societario, ex art. 2359, comma 1, n. 3 c.c., soprattutto laddove «i poteri di nomina del manager e la gestione di quest'ultimo siano completamente dipendenti dalla società terza», e non invece nel caso in cui «la società ''gestita'' mantenga poteri autonomi di controllo o di revoca su questo soggetto». Sul controllo «contrattuale» tramite licenze di proprietà industriale si veda dello stesso Autore, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo «contrattuale»*, in *CeI*, 1999, 351 ss. Con riferimento ai «contratti di affidamento in gestione di testate», menzionati dall'art. 4 L. n. 416/1981, si veda A. Cerrai, *Le imprese editoriali*, in *Trattato* Colombo - Portale, vol. 8, Torino, 1992, 473 ss. L'Autore, tutta-

(segue)

per conto e a rischio del titolare dello stesso, servendosi di norma delle tecniche gestorie e dei segni distintivi propri, ma attenendosi alle istruzioni del titolare dell'albergo, a fronte di un corrispettivo di natura economica (2).

Si tratta, dunque, di un **contratto consensuale, bilaterale, a titolo oneroso.**

Il gestore amministra l'albergo sotto i propri segni distintivi: il che implica una **licenza di marchio a favore del proprietario dell'albergo**, alle condizioni e con i limiti territoriali definiti in via pattizia. Si realizza per questa via un beneficio analogo a quello ottenibile con il **contratto di *franchising***: il titolare dell'albergo può avvalersi dell'avviamento e del *know how* di una società di gestione affermata sul mercato, nazionale e internazionale, dei servizi turistico-ricettivi e quest'ultima può estendere il proprio avviamento a nuovi mercati senza dover affrontare gli ingenti esborsi necessari per l'acquisto della struttura o del capitale della società proprietaria. Non diversamente dal *franchisee*, anche **il titolare dell'albergo**, che ne affida la gestione ad una *management agency,* **resta titolare dell'impresa alberghiera** nonostante la eserciti per il tramite di un gestore e sotto il marchio di quest'ultimo. Il gestore, infatti, opera di regola in nome e nell'interesse del titolare dell'albergo: egli, pertanto, non assume il rischio dell'esercizio alberghiero, a differenza dell'affittuario di azienda, che opera sotto il proprio nome e nell'esclusivo interesse proprio.

Il presente lavoro censirà, innanzitutto, i tratti caratterizzanti la fattispecie nella prassi, per poi verificare la sua meritevolezza di tutela, nonché la sua ammissibilità nel nostro ordinamento, alla luce dei principi di ordine pubblico su cui si fonda il diritto societario nazionale, e infine la disciplina ad esso applicabile.

DEFINIZIONE DEL CONTRATTO DI GESTIONE ALBERGHIERA

È il contratto atipico mediante il quale una «**catena alberghiera**» assume, a fronte di un **corrispettivo** di natura economica, l'obbligazione di **amministrare un albergo**, in nome, per conto e a rischio del titolare dello stesso, servendosi normalmente del ***know-how*** e dei **segni distintivi** propri, ma attenendosi alle **istruzioni del titolare** dell'albergo.

Le obbligazioni del gestore

La catena assume l'**obbligazione principale** di gestire l'altrui albergo in nome e nell'interesse del titolare, ma secondo il proprio specifico *know-how* e sotto i propri segni distintivi, e si incarica di selezionare e di formare il personale dell'impresa alberghiera.

La gestione di interessi altrui corrisponde allo schema causale del **mandato** e realizza una forma di **interposizione gestoria**. Normalmente il gestore sarà anche insignito del potere di rappresentare il titolare dell'albergo nel compimento degli atti inerenti l'oggetto del mandato. Tuttavia, anche nel caso in cui il gestore perfezioni singoli atti di gestione a proprio nome, la naturale vocazione degli effetti dell'atto ad incidere sul patrimonio del mandante, comporta che il **gestore non assumerà** di regola, di fronte ai terzi, **il rischio dell'impresa alberghiera**.

In ogni caso, il contratto di gestione non realizza una vera e propria dissociazione tra direzione e rischio di impresa. Se gli atti e l'attività di gestione vengono imputati al proprietario dell'azienda alberghiera, in base al principio della spendita del nome, il gestore sarà, comunque, responsabile verso il proprietario (contrattualmente), così come, al ricorrere di certi presupposti che si esamineranno *infra*, potrà essere responsabilizzato anche verso i terzi (in via aquiliana) qualora non eserciti diligentemente l'attività gestoria nell'interesse dell'impresa gestita (3).

Fra gli atti che il gestore si obbliga normalmente a compiere a proprio nome, rientrano alcuni atti inerenti all'attività preparatoria della gestione, come l'assunzione del Direttore Generale dell'albergo, la

Note:
(segue nota 1)

via, ritiene che tale contratto nominato si differenzi dal contratto di gestione dell'azienda sociale in quanto le particolari caratteristiche dell'impresa giornalistica «non consentono la spersonalizzazione e l'attribuzione a terzi delle funzioni proprie del direttore responsabile del quotidiano», dovendosi intendere l'affidamento in gestione limitato «alle restanti funzionali aziendali», di carattere strumentale e diverse dalla principale attività giornalistica. Nel «contratto di affidamento in gestione di testate» dovrebbe allora ravvisarsi nient'altro che «una sorta di alternativa tipologica al contratto di affitto idonea, in virtù della sua particolare genericità a coprire nuove ipotesi di concessioni in uso della testata o dell'azienda editrice, non riconducibili al contratto nominato».

(2) Aránzazu Pérez Morione, *El contrato de gestión hotelera*, Madrid, 1998, *passim*; Id., *El contrato de gestión hotelera*, in AA.VV., *Leciones de derecho del turismo*, a cura di R. García Macho e A. Recale Castells, Valencia, 2000, 301 ss.

(3) Cfr. in questo senso M. Lamandini, *op. cit.*, 166 ss. Secondo l'Autore, qualora il preponente abdichi per tutta la durata del contratto di gestione al proprio potere di indirizzo strategico dell'impresa e al potere di controllo sull'attività del gestore insito nella revocabilità del mandato «potrà facilmente riscontrarsi una società di fatto», qualora il gestore partecipi ai risultati dell'impresa da lui gestita.

cui retribuzione resta a carico del gestore, e la formazione del personale. Il gestore si obbliga, inoltre, a realizzare, a beneficio di tutti gli alberghi gestiti dalla catena, **la promozione e la pubblicità**, il cui costo viene però caricato *pro quota* sulle spese di gestione di ciascun singolo albergo, nonché ad organizzare in via centralizzata l'attività di **prenotazione alberghiera** e, talvolta, ad effettuare le anticipazioni e a perfezionare i contratti di finanziamento necessari a mantenere la provvista liquida inizialmente accreditata dalla proprietà per l'avvio dell'attività di gestione (4). Spesso il gestore si riserva per contratto la facoltà di distaccare alcuni dei propri dipendenti presso l'albergo, per impiegarli come **personale esecutivo** (c.d. *field staff*, che si distingue dal personale del gestore impiegato centralmente, a beneficio di tutti gli alberghi che lo stesso ha in gestione, c.d. *home support staff*). In quest'ultimo caso, si tratta di **personale** che, secondo la logica delle economie di scala, viene **impiegato nell'ambito degli uffici comuni della catena**, quali ad esempio le centrali di prenotazione e non presso il singolo albergo gestito. Ne deriva che il contratto dovrebbe specificare in modo dettagliato, anche attraverso liste nominative, quali dipendenti fanno capo al titolare dell'albergo e quali, invece, alla catena.

Alle obbligazioni (di formazione e di assunzione del personale), che il contratto pone a carico del gestore, corrispondono dei **costi che restano a carico del gestore**, non suscettibili di rimborso, destinati ad essere compensati dal corrispettivo della gestione contrattualmente previsto. Si tratta, dunque, di costi strettamente inerenti all'esercizio dell'impresa del gestore, che è fondamentalmente un'**impresa di servizi**, come tale distinta dall'impresa alberghiera che il proprietario dell'albergo esercita, indirettamente, per il tramite del gestore.

Fra le **obbligazioni principali del gestore** rientra quella di produrre ed erogare servizi per l'ospitalità di qualità corrispondente al livello della catena (cui corrisponde normalmente il diritto dello stesso di determinare le tariffe al pubblico), di adoprarsi diligentemente per la massimizzazione dei profitti, di negoziare (in nome e per conto della proprietà) con le proprie consociate la fornitura dei beni strumentali e di consumo alle migliori condizioni, di assumere (in nome e per conto della proprietà) il personale esecutivo e di supervisionarne il lavoro, di perfezionare (**in nome e per conto della proprietà**) i contratti di locazione, di albergo, gli appalti e le somministrazioni di beni e di servizi, di eseguire le attività di manutenzione e gli investimenti necessari secondo il livello qualitativo della catena (con costi a carico della gestione), di negoziare le assicurazioni della responsabilità civile verso i clienti e le assicurazioni danni a beneficio del personale dipendente (5) nonché di negoziare come gruppo le migliori condizioni delle altre assicurazioni poste a carico della proprietà. L'obbligazione del gestore si atteggia come un'**obbligazione di mezzi**.

Il gestore è, inoltre, obbligato ad **informare** il proprietario di tutte le circostanze sopravvenute suscettibili di incidere sull'utilità della gestione per il preponente. L'inadempimento di tale obbligazione può frustrare, di fatto, l'esercizio del potere di direzione e/o di controllo del titolare dell'albergo ovvero l'esercizio delle competenze gestorie che lo stesso si fosse riservato con apposita previsione contrattuale. Si tratta, pertanto, di un'obbligazione di **fondamentale importanza nell'economia del contratto** e il suo inadempimento potrebbe giustificarne la **risoluzione**.

Infine, il contratto può porre a carico della catena tutti gli adempimenti legali e fiscali previsti dall'ordinamento in correlazione con l'esercizio della impresa alberghiera.

Il gestore deve rendere il conto della gestione e in particolare riferire sui risultati ottenuti, nei termini contrattualmente stabiliti o, in mancanza di espresso accordo, su richiesta del titolare dell'albergo. Il rendimento dei conti dovrà evidenziare le entrate che il gestore, dedotti i suoi compensi, deve restituire al proprietario dell'albergo: tanto richiede la predisposizione di un bilancio di esercizio, i cui costi devono considerarsi inerenti la gestione, e che, pertanto, restano a carico del gestore, salvo diversa previsione contrattuale.

Le obbligazioni del titolare dell'albergo

Sul **titolare dell'albergo** gravano, di regola, molte delle obbligazioni preparatorie intese a consentire al gestore l'inizio dell'attività secondo gli ***standard* della catena**. Così la proprietà potrebbe essere gravata dell'obbligazione di operare, a proprie spese, tutte le ristrutturazioni a tal fine necessarie e di procedere con nuove assunzioni.

Note:

(4) Di regola, il proprietario è obbligato ad anticipare, su un conto vincolato a favore del gestore, la provvista necessaria per lo *start-up* della gestione, nella misura contrattualmente predeterminata, mentre il gestore si obbliga a negoziare i contratti di finanziamento necessari a mantenere al livello concordato quella provvista nel corso della gestione, con interessi a carico della gestione.

(5) In questo caso, i costi delle assicurazioni poste a carico del gestore vengono dedotti dal margine operativo lordo della gestione e sono, pertanto, suscettibili di ridurre l'entità del suo compenso percentuale.

Il proprietario potrebbe, inoltre, essere gravato dell'obbligazione di cooperare con il gestore per l'ottenimento di tutte le **autorizzazioni amministrative** eventualmente necessarie, nonché dell'onere di estinguere i debiti della gestione pregressa.
Sul titolare dell'albergo grava l'obbligazione principale di **pagamento del corrispettivo**. Questa obbligazione ha ad oggetto, di norma, il pagamento di un importo minimo garantito sganciato dai risultati della gestione, di cui spesso si prevede l'integrazione con il pagamento di una percentuale degli incassi. Non mancano, tuttavia, esempi di contratti che ragguagliano il corrispettivo della gestione solo ad una quantità fissa ovvero solamente ad una percentuale del fatturato.
Qualora il corrispettivo abbia **natura mista** (fissa e percentuale), si ritiene che la misura fissa del corrispettivo intenda remunerare l'impiego del *know how* del gestore a beneficio della proprietà, laddove il corrispettivo in percentuale intende compensare l'attività gestoria vera e propria, introducendo uno stimolo alla sua efficienza.
Nella prassi, l'entità del corrispettivo può essere contrattualmente determinata non solo in percentuale rispetto al fatturato dell'impresa alberghiera, ma anche in correlazione con altri indici, quale ad esempio il numero di ore che lo staff della catena dedica mensilmente all'attività di gestione.
Dal **patto di licenza di marchio** derivano, poi, in capo al titolare dell'albergo ulteriori obbligazioni quali: il pagamento di un corrispettivo a titolo di licenza, quantunque si ammetta in dottrina che tale licenza possa essere anche a titolo gratuito (6), atteso il suo collegamento con il contratto di gestione, che è invece essenzialmente oneroso; il mantenimento di livelli qualitativi corrispondenti a quelli della catena (spesso facendosi carico dei necessari investimenti), nonché l'assoggettamento ai **controlli di qualità del licenziante**. Il titolare dell'albergo non può sfruttare la licenza di marchio se non nei limiti dell'attività gestoria conferita alla società licenziante (limiti temporali, territoriali e di oggetto). Egli non potrà sfruttare il marchio del gestore a beneficio di altri alberghi di cui fosse titolare ma che non sono ricompresi nel contratto di gestione. Ne deriva che qualsiasi abuso commesso dal proprietario sotto questo profilo è suscettibile di integrare un **inadempimento** del contratto di gestione alberghiera sufficiente a fondare una domanda di risoluzione del gestore.
Incombe, inoltre, sul proprietario dell'albergo l'onere di perfezionare le polizze assicurative contro i **danni che potrebbero derivare alla proprietà** durante la fase di allestimento dell'albergo (con decorrenza anticipata rispetto al perfezionamento del contratto di gestione), nonché l'obbligazione di perfezionare le assicurazioni della **responsabilità civile verso i terzi** per i danni cagionati dai beni produttivi, dalla gestione dell'albergo nonché le polizze per la copertura dei danni derivanti dall'anticipata risoluzione del contratto di gestione (con decorrenza dal momento dell'inizio dell'attività gestoria).
Se la catena inizia la gestione di un'impresa alberghiera già attiva, l'obbligo assicurativo del titolare dell'albergo potrebbe consistere nell'aumento dei massimali di polizza e nella stipula di polizze addizionali secondo gli standard richiesti dalla catena.
Il titolare dell'albergo sarà, inoltre, obbligato a consegnare le polizze al gestore trattandosi in molti casi di contratti di assicurazione di cui il gestore è beneficiario.
Il contratto pone normalmente a carico del titolare dell'albergo l'obbligo di rimborsare al gestore le spese incontrate e i danni sofferti a causa della gestione, salvo il caso che spese e danni non siano da imputare **a colpa del gestore**.

La responsabilità per le obbligazioni inerenti la gestione alberghiera

Poiché l'obbligazione di dirigere e gestire l'albergo nell'interesse altrui ha un oggetto potenzialmente amplissimo e indeterminato, il contratto contiene di regola delle clausole intese a delimitare l'ampiezza dei poteri gestori conferiti alla catena.
Il **potere gestorio** comprende, di norma: **la direzione del personale** impiegato nella erogazione dei servizi per l'ospitalità e nelle attività di manutenzione (7); il **perfezionamento di tutti i contratti di appalto e di somministrazione** necessari per la prestazione dei servizi di ospitalità e dei servizi accessori; la **gestione economico-contabile** dell'azienda alberghiera; le **attività di pubblicità e di promozione dell'albergo** e, spesso, l'adozione delle scelte strategiche.
A fronte dei poteri gestori attribuiti alla catena, il

Note:

(6) Così Aránzazu Pérez Morione, *El contrato de gestión hotelera*, in AA.VV., *Leciones de derecho del turismo*, cit., 305.

(7) Inoltre, il contratto può escludere qualsiasi potere di direttiva del proprietario sul personale e riservare al gestore il potere di cambiare e sostituire, a suo insindacabile giudizio, qualsiasi dipendente, ivi incluso il Direttore Generale. Cfr. la seguente clausola tratta da un inedito contratto di gestione alberghiera: «*La Propriedad no interferirá con el personal empleado en el hotel ni le dará ordines ni instructiones. Sin perjucio de lo establecido*» il gestore «*puede en cualquier momento y según su exclusivo criterio cambiar o reemplazar a miembros del personal, includo, sin ninguna restrición al Director General*».

contratto contiene, altrettanto normalmente, una clausola di riserva di competenze, più o meno ampie, a favore del titolare dell'albergo. Tale clausola può limitarsi a riservare al titolare il **potere di alta direzione dell'impresa alberghiera** (e dunque l'assunzione, o l'approvazione, delle decisioni gestorie fondamentali) oppure estenderne la competenza anche alle decisioni di ordinaria amministrazione oppure limitarsi a prevedere l'obbligo del gestore di consultare il titolare dell'albergo prima di assumere decisioni di particolare importanza, quali il perfezionamento di contratti che comportano l'assunzione di obbligazioni di durata superiore alla durata del contratto di gestione, il superamento dei limiti di spesa contrattualmente predeterminati, il perfezionamento di contratti di approvvigionamento con parti a vario titolo correlate con l'impresa di gestione, dunque in potenziale conflitto di interessi con l'impresa alberghiera.

La stessa funzione di **delimitazione dei poteri gestori** viene, talvolta, assolta da clausole che assoggettano il gestore all'obbligo di attenersi alle direttive e all'istruzioni del titolare dell'albergo e di assoggettarsi al suo potere di ispezione.

È stato osservato che le istruzioni hanno la funzione di specificare l'oggetto dell'obbligazione gestoria dedotta in contratto, adeguandone la portata anche al mutamento delle circostanze che sopravvenga durante la vita della relazione contrattuale (8).

Al potere di direttiva, inoltre, si correla il potere del titolare dell'albergo di **controllare la correttezza della gestione.**

Le clausole determinative del potere di direttiva del titolare dell'albergo sulla catena rivestono un'importanza fondamentale per la validità del contratto di gestione alberghiera e per la ripartizione fra proprietario e gestore delle responsabilità e dei rischi inerenti l'esercizio dell'impresa alberghiera.

Se il **potere di direttiva** è inesistente o eccessivamente blando (9) potrebbe derivare l'assunzione in capo al gestore anche del rischio dell'impresa alberghiera e la sostanziale **equiparazione del gestore ad un affittuario** (10). Una dettagliata regolamentazione del potere di istruzione e di direttiva del titolare dell'albergo sul gestore corrisponde, pertanto, non solo all'interesse del primo, consentendogli un puntuale controllo sulla gestione, ma anche all'interesse del secondo, assicurandogli l'**esonero dal rischio** connesso all'esercizio dell'impresa alberghiera (11).

Nel nostro ordinamento, una tale evenienza potrebbe comportare, ove non fosse possibile riqualificare il contratto come affitto di azienda (ad esempio perché il gestore ha agito in nome del proprietario), anche la **nullità** dello stesso, per violazione del principio di ordine pubblico che rende inammissibili **deleghe abdicative delle competenze gestorie** del consiglio di amministrazione della società titolare dell'albergo, come si vedrà *infra*.

La particolare conformazione del potere di direttiva ha portato la **Suprema Corte tedesca** ad affermare la **nullità del contratto di gestione** in relazione ad un caso che coinvolgeva la nota catena Holiday Inn e un'impresa alberghiera di tipo familiare, proprietaria dell'Eibsee-Hotel (12). Nel 1976 la società tedesca e la catena nord-americana perfezionavano un contratto di gestione in forza del quale quest'ultima si obbligava a gestire in via generale il predetto hotel, senza specificare in alcun modo se in tale mandato dovesse ricomprendersi la semplice gestione ordinaria o anche gli atti di straordinaria amministrazione dell'impresa alberghiera. In particolare, il contratto stabiliva che la società proprietaria dell'immobile non avrebbe mantenuto **alcun potere di intervento nelle decisioni relative alla gestione** dell'im-

Note:

(8) Cfr. Aránzazu Pérez Morione, *op. loc. cit.*

(9) Si consideri la seguente clausola, tratta da un contratto inedito: «*La Propriedad podrá (pero no tendrá obligación) de dar su opinión en materia de política (no en cambio en materia de gestión diaria) que afecte al hotel*».

(10) Poiché, in tal caso, risulta che il gestore esercita insieme al proprietario un'unica impresa alberghiera, sotto la direzione dello stesso gestore. Tale principio, applicato al *franchising*, in cui il *franchisee* è di regola un imprenditore autonomo e indipendente dal *franchisor*, ha portato ad affermare la responsabilità del *franchisor* nei confronti del dipendente del *franchisee* in un caso in cui le direttive del primo sul secondo erano talmente invasive da indurre i giudici a ritenere che le due imprese, pur esercitate attraverso società formalmente distinte, risultassero unitarie poiché ricorrevano una organizzazione e una direzione comune: cfr. in questo senso Tribunal Superior de Justicia Cataluña, 30 settembre 1994, n. 5152 (Sala de lo Social), in *www.westlaw.es*; in senso conforme Tribunal Superior de Justicia Cataluña, 26 febbraio 1993, n. 1105, in *www.westlaw.es*. Cfr., altresì, United States Bankruptcy Court for the District of South Carolina, 28 marzo 1997, n. 94-75715-W, Dunes Hotel Associates et al., plaintiff, v. Hyatt Corporation et al., defendants, in 1997 *Bankr. LEXIS* 1262, che ha ritento di qualificare come *lease,* anziché come *management contract,* l'accordo con il quale il proprietario concedeva l'albergo in godimento a Hyatt per il suo esercizio, accordando al gestore il completo controllo sulla gestione, salvo solo il diritto di veto del proprietario nella scelta del *general manager* dell'hotel. Inoltre, secondo la corte, la circostanza che il corrispettivo del concedente fosse determinato in misura percentuale rispetto al fatturato di esercizio non impediva di qualificare il contratto come *lease* anziché come *management agreement*, in quanto la «*section 3.3 states that right of Owner to receive rental based on the financial returns from the operation of the Hotel shall not be deemed to give Owner any interest, control or discretion in the operation of the Hotel*».

(11) Cfr. in tal senso Aránzazu Pérez Morione, *op. cit.*, 325.

(12) Cfr. BGH, 5 ottobre 1981, in *NJW*, 1982, Heft 33, 1817.

presa alberghiera, né veniva riconosciuto in capo alla proprietà il potere di dettare istruzioni di alcun tipo. Una volta perfezionato il contratto, l'hotel venne gestito sotto il marchio Holiday Inn applicando le condizioni generali unilateralmente predisposte da quest'ultima a livello internazionale. La durata del contratto era stata fissata in venti anni e alla sola catena veniva attribuito il diritto di opzione per la proroga, per tre volte, per la durata di dieci anni ciascuna. Il contratto fissava un tetto massimo per le spese relative alla manutenzione ordinaria dell'albergo, pari a ventimila marchi, oltre il quale si rendeva necessaria l'autorizzazione della proprietà; si prevedeva che tali spese non potevano comunque superare il 5% degli incassi lordi, ferma la facoltà della catena di sostenere spese superiori, ove le avesse giudicate necessarie per il mantenimento del suo *standard* qualitativo. Per la copertura dei costi di gestione il titolare dell'albergo si obbligava a mantenere una provvista di 200.000 marchi su un conto in cui la sola catena era autorizzata ad operare. Alla catena veniva riconosciuto un corrispettivo per la gestione, in parte in misura fissa e in parte ragguagliato ad una percentuale degli incassi. Due anni dopo la società titolare dell'albergo agì in giudizio per fare accertare la nullità del contratto per contrarietà al buon costume e assunse la gestione diretta dell'albergo.

La domanda, rigettata nei due primi gradi di giudizio, venne ritenuta fondata dalla Suprema Corte sull'assunto che il contratto fosse nullo perché spogliava radicalmente l'impresa alberghiera della sua **libertà di iniziativa economica**, atteso che il contratto le precludeva qualsiasi possibilità di intervento nelle decisioni relative all'organizzazione dell'impresa e le negava qualsiasi potere di dettare istruzioni.

Questo precedente mostra uno degli argomenti (la tutela della libertà di iniziativa economica del preponente) che portano ad affermare, anche nel nostro ordinamento, che per la **validità del contratto di gestione** è essenziale che la società proprietaria dell'albergo si riservi il potere di dettare istruzioni al gestore. In ogni caso, anche se il contratto riservi al preponente un potere di direttiva, tanto non vale di per sé a porre il proprietario in posizione di dominio sul gestore, poiché il primo continuerà, di regola, a dipendere economicamente dal secondo in misura tanto maggiore quanto più grande è la competenza, la specializzazione e la notorietà sul mercato della catena.

Ne deriva che dal perfezionamento di un contratto di gestione potrebbe discendere in concreto l'instaurazione di un **vincolo contrattuale di controllo** del gestore sull'impresa alberghiera. Questa circostanza impone di valutare la compatibilità del contratto anche con le norme **antitrust**. Se poi tale contratto, per il suo concreto contenuto, legittima il gestore ad esercitare sull'impresa alberghiera un potere di direzione e di coordinamento con le altre imprese alberghiere di cui ha assunto la gestione, si dovrà ravvisare in concreto un **vincolo di gruppo**, suscettibile di responsabilizzare, entro certi limiti, il gestore anche nei confronti dei soci e dei creditori sociali del preponente.

LIMITI DI LICEITÀ E DISCIPLINA APPLICABILE

La dottrina ammette la compatibilità dei contratti di *management* con i principi inderogabili in materia di **organizzazione delle società azionarie** qualora il mandato a gestire sia collegato con una procura che delimiti il potere rappresentativo del gestore a determinate categorie di atti. Alcuni propongono l'assoggettamento di questo schema contrattuale alla disciplina della **preposizione institoria**. Altri lo riconducono all'ambito di applicazione del **mandato con rappresentanza** di diritto comune. L'articolo esamina la possibilità di qualificare i ***management contract*** come accordi di dominio in considerazione della loro idoneità in concreto ad instaurare una relazione di controllo fra la società di gestione e la società proprietaria dell'albergo.

I limiti di ammissibilità del contratto di gestione alberghiera nell'ordinamento italiano. La meritevolezza

I rari contributi dottrinali sul tema del contratto di gestione concordano nel ritenere la meritevolezza di tutela nel nostro ordinamento di questo contratto atipico sul presupposto che, secondo la sua configurazione socialmente tipica, esso non crea un'**effettiva dissociazione fra direzione e rischio di impresa**, né elimina in radice l'autonomia e la libertà di iniziativa economica della società titolare dell'azienda alberghiera, nonostante il suo assoggettamento, talora anche radicale, alle scelte gestorie della *management agency*, ma anzi la incentivano «almeno ogniqualvolta il dominato non abbia le competenze manageriali necessarie» (13).

Sul sindacato di meritevolezza di questi schemi contrattuali pesa anche la loro ampia diffusione nel

Nota:

(13) In questo senso M. Lamandini, *op. cit.*, 168 ss.

commercio giuridico dei paesi di civiltà giuridica affine alla nostra, cosicché impedirne l'ingresso nel nostro ordinamento sotto il profilo della meritevolezza comporterebbe l'isolamento delle nostre imprese turistico-ricettive sul mercato globale (14).

(Segue) La liceità del contratto di gestione

Più problematica appare la valutazione della liceità di questi schemi contrattuali alla luce dei **principi fondamentali dell'organizzazione societaria** che, nelle società azionarie, riservano la gestione dell'impresa alla competenza esclusiva del consiglio di amministrazione (15), cosicché non ne sarebbe ammissibile la delega all'esterno della società (16).

Ne deriva che il contratto di gestione può considerarsi ammissibile nei limiti in cui «le funzioni della società di *management* non esorbitano nella sfera riservata ad amministratori e direttori generali, ma rimangono circoscritte **all'area tecnico-esecutiva della conduzione aziendale**» (17).

Nello stesso senso si è, peraltro, espresso l'unico precedente italiano edito sul punto, laddove si è affermato: «è valida la deliberazione con la quale l'assemblea di una società anonima conferisce ad altra società il mandato di gerire i propri stabilimenti industriali, se con tale deliberazione le funzioni del consiglio di amministrazione vengono soltanto limitate e non soppresse».

Secondo i giudici torinesi non si può ritenere «che sia ad ogni modo illegale anche il solo fatto di una società che commetta ad un terzo la gestione di un'intera branca del suo patrimonio», poiché «il mandatario della società per azioni non diventa in tali casi «amministratore in luogo degli amministratori legali». Questi rimangono quali erano con tutte le loro funzioni organiche che vengono ad esercitare attraverso il mandato» (18).

Per superare l'esaminata obiezione sarebbe, dunque, essenziale che il contratto circoscrivesse le funzioni demandate al gestore, lo assoggettasse al potere di direttiva, quantomeno strategica, e alle istruzioni del consiglio di amministrazione della società proprietaria dell'azienda alberghiera. Alla **delimitazione dell'oggetto del mandato gestorio** dovrebbe, poi, corrispondere la **delimitazione dei poteri rappresentativi** conferiti con la procura.

Si tratta allora di stabilire se, ai fini della validità del mandato gestorio, il contratto debba necessariamente limitare i poteri rappresentativi conferiti al gestore agli atti meramente esecutivi delle direttive impartite dall'organo amministrativo del preponente, nel qual caso verrebbe meno qualsiasi autonomia decisionale della società di gestione (e, probabilmente, anche l'utilità di questo contratto).

Oppure se non si possa sostenere che il consiglio di amministrazione della società preponente possa le-

Note:

(14) Cfr. per questa argomentazione, riferita al contratto autonomo di garanzia, F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 560 ss. e Cass. 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it*., 1988, I, 106.

(15) Ai sensi dell'art. 2380-*bis* c.c., rientra nella competenza esclusiva del consiglio di amministrazione tanto l'adozione delle strategie funzionali al perseguimento dell'oggetto sociale (l'elaborazione dei piani strategici ed economico finanziari, le politiche attuative degli stessi, ecc.), quanto l'adempimento di tutti gli obblighi che la legge impone alla società (adempimenti verso le autorità di vigilanza, obblighi in materia di sicurezza del lavoro, obblighi derivanti dalla disciplina del settore merceologico di riferimento, tenuta delle scritture contabili, ecc.): cfr. A. Toffoletto, *Le società azionarie - Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società*, Milano, 2005, 208 ss.

(16) Con la sola eccezione dei direttori generali, «che sono i dirigenti che svolgono attività di alta gestione dell'impresa sociale (...), investiti di ampi poteri decisionali»: cfr. G. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 125. Se il direttore viene investito dall'imprenditore del potere di gestione generale, così da risultare preposto all'esercizio dell'impresa o di un suo ramo, questi risulta equiparato ad un institore, e gli spetterà il potere di rappresentanza per tutti gli atti inerenti l'esercizio dell'impresa o del ramo cui è stato preposto (art. 2203 c.c.). Il che implica, tuttavia, che il direttore generale agisca in attuazione delle direttive del consiglio di amministrazione, al quale deve rendere conto. Inoltre, il direttore generale assume responsabilità sociali corrispondenti a quelle degli amministratori nei casi indicati dall'art. 2396 c.c., vale a dire quando sia nominato dall'assemblea o dal consiglio di amministrazione in attuazione di una espressa previsione statutaria, perché in tal caso assurge alla funzione di organo sociale: cfr. A. Toffoletto, *op. cit*., 231.

(17) Così P. Montalenti, voce *Contratto di gestione*, cit., 94.

(18) Cfr. Corte di Cassazione di Torino, 1° giugno 1917, cit. I giudici osservano come, attraverso il ricorso a contratti di gestione, si fosse voluto «riunire sotto il governo di una sola società la gestione delle principali imprese siderurgiche del regno (Elba, Ilva, Savona, Ligure, Metallurgica, Ferriere Italiane, Alti Forni e Acciaierie di Piombino) al fine di disciplinare la produzione, di coordinare la utilizzazione dei rispettivi stabilimenti industriali, di dare insomma ordine e forza ad una industria di importanza nazionale, minacciata nella sua vita da una concorrenza straniera e interna». Viene, dunque, riconosciuta la funzione concentrativa dell'accordo, che aveva coinvolto le principali banche e casse di risparmio del regno e alcuni potenti capitalisti. Cosicché, secondo la corte di legittimità, «non poteva, in conseguenza, essere per la corte del merito, come per ogni giudice, senza imponenza il fatto che tanti e così vasti interessi, per così differenti e molteplici vie controllati e vigilati, si siano fiduciosamente riuniti nell'attuazione del grandioso progetto così da far sorgere come un plebiscito delle maggiori competenze dell'industria e della finanza sulla legalità dell'impresa. Né l'argomento esce dal campo giuridico, perché il giudice non deve appartarsi dalla vita pratica e contrastare misoneisticamente lo svolgimento delle industrie e dei commerci (che molte volte supera il diritto costituito) se non vi sia costretto da una disposizione di legge della quale debba imporre la osservanza, o non si tratti di private disposizioni o convenzioni che contrastino con i principi generali».

gittimamente conferire insieme al mandato gestorio anche i generali poteri rappresentativi riferiti al ramo d'azienda dato in gestione laddove il contratto assoggetti il gestore-procuratore a penetranti poteri di controllo, indirizzo, sostituzione e revoca da parte degli amministratori della preponente (19).

Sul punto il Montalenti evidenzia il rischio che il conferimento di una procura generale alla società di gestione, benché non impedisca astrattamente una chiara ripartizione, in sede di mandato, fra le competenze riservate al consiglio di amministrazione della società proprietaria e il potere decisionale attribuito alla società di gestione, crei «una presunzione, o quanto meno un fondato convincimento nei terzi, di attribuzione di un **potere decisionale svincolato e autonomo** rispetto alla funzione di direzione suprema», che deve rimanere riservata al consiglio di amministrazione, rendendo così «evanescente la distinzione tra amministrazione (e direzione generale) e gestione operativa», che costituisce la condizione di liceità del contratto di gestione (20).

Anche la giurisprudenza è consolidata nell'affermare la **nullità della procura generale *ad negotia*** rilasciata ad un terzo dall'amministratore delegato di una società per azioni, poiché «non è legittima quella dissociazione del potere gestorio dalla funzione amministrativa che si realizza con la delega a terzi di tutti i poteri caratteristici dell'amministratore sociale» (21).

La pedissequa ricezione di questo orientamento porta a concludere che la compatibilità del contratto di gestione con i principi inderogabili in materia di organizzazione delle società azionarie imponga che il **mandato a gestire sia collegato con una procura** che delimiti il potere rappresentativo del gestore a determinate categorie di atti.

Ne deriva che il contenuto di tale mandato e procura, nella sua massima estensione, dovrebbe attribuire al gestore una **posizione corrispondente a quella di un institore** (art. 2203 c.c.), assoggettato alle cogenti direttive degli organi amministrativi interni, così da impedire lo sconfinamento dei poteri del gestore nelle competenze di alta direzione che devono restare riservate alla competenza del consiglio di amministrazione della società preponente (22).

Lo scopo del presente contributo è tuttavia quello di verificare se sia legittimo conferire al gestore un'autonomia decisionale più ampia, sul presupposto che la stessa disciplina della preposizione institoria consentirebbe non solo una riduzione, per via convenzionale, dei poteri rappresentativi corrispondenti allo schema legale ma, secondo alcuni, anche un loro ampliamento in via pattizia (23).

La qualificazione giuridica del contratto di gestione e la disciplina applicabile

Se si ritiene che il contratto di gestione alberghiera sia suscettibile di essere ricondotto alla disciplina della **preposizione institoria** esso risulterà conseguentemente assoggettabile all'applicazione delle norme dettate in materia di rappresentanza commerciale. Da queste discenderebbe anche l'assoggettamento del contratto di gestione ad un regime di **pub-**

Note:

(19) D. Latella, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 124 ss., specie a p. 141, ritiene che sarebbe inammissibile «una rinuncia preventiva degli amministratori alla facoltà di compiere personalmente gli affari oggetto della procura, ovvero al potere di istituire e controllare il mandatario (artt. 1711 c.c.), o [che si] stabilisse una liberazione preventiva di quest'ultimo dall'obbligo del rendiconto (art. 1713 c.c.), ovvero, infine, una ratifica anticipata di qualsiasi atto venisse posto in essere», in quanto «la preventiva rinuncia a questi poteri priverebbe gli amministratori della facoltà di influire in modo determinante e radicale sull'attività svolta dal mandatario, tanto che qualora non intervenisse la censura dell'ordinamento - questi potrebbe operare in totale autonomia, come se gli amministratori avessero, appunto, abdicato a suo favore».

(20) Cfr. P. Montalenti, *op. cit.*, 95.

(21) Cfr. in tal senso Trib. Milano, 17 giugno 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 306 ss. Cfr., altresì, Trib. Rimini, 11 febbraio 1983 (decr.), in *Foro it.*, 1983, I, 1104, che ha negato l'omologazione dello statuto di una società a responsabilità limitata che autorizzava l'amministratore unico a demandare incondizionatamente ad un procuratore generale esterno ogni potere di deliberazione e di gestione interna della società, senza limite alcuno. Secondo il Tribunale tale clausola contrastava con l'inderogabile rapporto fiduciario che deve sussistere fra assemblea e amministratori; favoriva l'elusione delle norme imperative sulle cause di ineleggibilità e di decadenza degli amministratori e assicurava, altresì, all'amministratore medesimo una sorta di immunità dalla responsabilità civile posto che «se il mandante aveva autorizzato la sostituzione senza indicare la persona, il mandatario risponde per il sostituto *ex* art. 1717 c.c. soltanto quando è in colpa nella scelta».

(22) Nel senso che anche una persona giuridica possa assumere la qualità di institore di altra persona giuridica cfr. A. Lanza, *Società «direttore» di società*, in *Riv. soc.*, 1960, 259; P. Abbadessa, *Il direttore generale*, in *Trattato* Colombo - Portale, vol. 4, Torino, 1991, 473 ss.; in senso contrario P. Montalenti, *La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i management contracts*, in *CeI*, 1987, 436 ss. Circa le limitazioni che il preponente può apportare ai poteri del preposto rispetto a quelli attribuiti per legge all'institore, senza snaturare la qualificazione giuridica del rapporto cfr. D. Corapi, *La rappresentanza commerciale*, in *Trattato* Galgano, Padova, III, 1979, 322 ss.

(23) L'institore che sia stato investito dall'imprenditore del potere di gestione generale, dell'impresa o di un suo ramo, ha un altrettanto ampio «generale potere di rappresentanza, sia sostanziale che processuale», anche in mancanza di un'espressa procura, per il compimento «di tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa» (art. 2204 c.c.). È stato autorevolmente sostenuto che «i poteri rappresentativi dell'institore, così determinati in via legislativa, possono essere ampliati o limitati dall'imprenditore, sia all'atto della preposizione sia in un momento successivo»: G. Campobasso, *op. cit.*, 130.

blicità legale, mediante iscrizione nel registro delle imprese, non diversamente da quanto prescrive l'art. 2206 c.c. ai fini dell'opponibilità ai terzi dei limiti del potere rappresentativo conferito all'institore (24).

Peraltro, l'unico autore che si è occupato estesamente del tema propone di ricondurre la qualificazione giuridica di questo contratto al **mandato con rappresentanza** e di assoggettarlo all'applicazione delle norme in materia di mandato e di rappresentanza di diritto comune (25).

In questo caso particolare, l'oggetto del mandato non sarebbe tuttavia circoscritto al compimento di atti giuridici bensì anche **all'attuazione di fatti giuridici umani**, vale a dire dei comportamenti in cui si sostanzia l'attività di impresa di cui si esternalizza contrattualmente la gestione (26).

Quanto all'autonomia decisionale legittimamente attribuibile al gestore, un autore ha persuasivamente posto in dubbio che «davvero tutte le clausole che impongano una gestione dell'impresa da parte di terzi (ovviamente svincolata da cogenti direttive degli organi amministrativi interni, poiché altrimenti saremmo in presenza di un ordinario e inverso schema di preposizione institoria) siano **sempre immeritevoli di tutela** *ex* art. 1322, comma 2, c.c., o addirittura in contrasto con i principi di ordine pubblico in materia societaria» (27).

Si rileva, infatti, che l'ordinamento ha espressamente riconosciuto la meritevolezza di patti contrattuali che consentono ad un soggetto terzo di influire direttamente sulla gestione della società: così l'art. 7, comma 1, lett. b) della legge 10 ottobre 1990, n. 287; l'art. 122 del testo unico finanza; l'art. 2341-*bis*, comma 1, lett. c) c.c., che si riferisce espressamente ai «patti, in qualunque forma stipulati che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società: (...) c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società» (28).

La validità di tali pattuizioni parasociali è espressa-

L'INSTITORE

È institore colui che è preposto dal titolare all'**esercizio di un'impresa commerciale**. La preposizione può essere **limitata** all'esercizio di una sede secondaria o di un **ramo particolare dell'impresa**. Se sono preposti più institori, questi possono **agire disgiuntamente**, salvo che nella procura sia diversamente disposto (art. 2203 c.c.).
L'institore può compiere **tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa** a cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura. Tuttavia non può alienare o ipotecare i beni immobili del preponente, se non è stato a ciò espressamente autorizzato. L'institore può stare **in giudizio in nome del preponente** per le obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa a cui è preposto (art. 2204 c.c.). La **procura con sottoscrizione** del preponente autenticata deve essere depositata per l'iscrizione presso il competente ufficio del registro delle imprese. In mancanza dell'iscrizione, la **rappresentanza** si reputa generale e le limitazioni di essa non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare (art. 2206 c.c.).

Note:

(24) Così anche M. Lamandini, *op. cit.*, 168, nota 49, che ravvisa il fondamento «almeno analogico» di tale obbligo nelle norme che impongono la pubblicità delle procure institorie.

(25) Così P. Montalenti, *Contratto di gestione*, cit., 94, che afferma l'irriducibilità di tale contratto: - al contratto d'opera intellettuale, in quanto la società di gestione non si limita a prestare un'attività di consulenza; - all'amministrazione delegata, in quanto si tratta di «istituto inderogabilmente circoscritto, nell'ordinamento italiano, all'interno del consiglio di amministrazione»; - alla direzione generale, in quanto al gestore non possono essere attribuiti poteri di alta amministrazione, e anche per la ragione che una persona giuridica non potrebbe essere direttore generale di una società di capitali. Con riguardo a quest'ultimo profilo si rinvia, per le opinioni contrarie, agli autorevoli Autori citati *supra*, *sub* nota 18.

(26) Che nel concetto di «atti giuridici» di cui all'art. 1703 c.c. rientrino anche «comportamenti definibili, ad altri effetti, come fatti giuridici (umani) (...) posti in essere solo per gli effetti giuridici che producono», lo afferma F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 127 ss.

(27) Così appaiono del tutto pertinenti i rilievi di A. Musso, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo «contrattuale»*, in *CeI*, 1999, 351 ss. L'Autore si interroga se, alla luce dell'esperienza di altri ordinamenti e dell'evoluzione del sistema economico, il principio di assoluta autodeterminazione della volontà sociale non costituisca un dogma superato e non occorra, invece, prendere atto di fenomeni di eterodeterminazione anche al di fuori dell'assetto proprietario, atteso che «la tradizionale tendenza della dottrina italiana a negare la legittimità di forme di influenza diretta sulla gestione dell'impresa, al di fuori del controllo c.d. interno, più che su un'effettiva difesa della libera volontà assembleare, sembra semmai provocata da una generale ritrosia ad ammettere forme di eterodeterminazione non fondate sul diritto di proprietà delle quote».

(28) Cosicché A. Musso, *op. loc. cit.*, si chiede: «ma se l'influenza dominante risulta ammissibile in virtù di determinazioni parasociali, non si dovrebbe ammettere un'analoga legittimità per i contratti conclusi direttamente dalla società stessa, specialmente qualora essi non conferiscano espressamente al terzo un potere di nominare o di revocare sic et simpliciter gli amministratori (...) e specialmente qualora la sottoposizione a direttive economiche o gestionali costi-

(segue)

mente subordinata ad un **limite di durata**, che è di cinque anni per i patti parasociali nelle società non quotate, mentre nelle quotate il limite temporale si riduce a tre anni. Peraltro, l'art. 2341-*bis*, comma 3 c.c. dichiara inapplicabili «le disposizioni di questo articolo» concernenti la durata, «ai **patti strumentali ad accordi di collaborazione** nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo». Questa esclusione espressa viene di regola riferita alle *joint ventures* societarie e alle società consortili (29). Tuttavia rimane aperto l'interrogativo circa la possibilità di far rientrare nella *ratio* dell'esclusione anche i contratti di *management,* attesa la loro funzione di coordinamento fra distinte imprese sociali per la produzione di servizi turistico-ricettivi.

Da queste previsioni sembrerebbe inferirsi la meritevolezza nel nostro ordinamento di contratti che, avendo come oggetto immediato il trasferimento della gestione dell'azienda alberghiera in capo ad una *management agency,* consentano a quest'ultima l'esercizio di un'**influenza notevole o dominante** sulla società proprietaria dell'albergo come effetto dell'ampio potere gestorio e rappresentativo concesso al gestore e dei blandi poteri di direttiva riservati al consiglio di amministrazione della società proprietaria dell'azienda.

Al fine di stabilire l'ammissibilità di tali contratti nel nostro ordinamento dovrebbero allora rilevare più che i limiti al potere rappresentativo o l'ampiezza dei poteri di direttiva della società preponente (circostanze che appiattirebbero questa tipologia contrattuale sulla fattispecie institoria), l'**ampiezza dei poteri di controllo riservati al consiglio di amministrazione della preponente** in funzione di tutela dell'interesse sociale (30) e la possibilità per il consiglio di amministrazione della preponente di **revocare la procura e il mandato** qualora la società di *management* compia atti gestori in contrasto con l'interesse sociale della preponente.

Rilevano a questo fine, oltre che la puntuale determinazione pattizia dei poteri di controllo del mandante, anche le clausole determinative della durata del contratto.

Sulla scorta della disciplina legale delle pattuizioni parasociali, questa non potrebbe superare i tre anni nelle società quotate e i cinque anni in quelle non quotate, ferma la **legittima previsione di una durata indeterminata**, corretta dall'attribuzione del **diritto di recesso** con il preavviso previsto dalla legge.

Al contratto di gestione sarebbe allora applicabile la disciplina comune del mandato, ma la circostanza che esso si perfezioni normalmente fra società di capitali imporrebbe, ai fini della sua liceità rispetto alle norme imperative che disciplinano l'organizzazione societaria, una coerente disciplina dei poteri di controllo del mandante e della revocabilità dello stesso in rapporto alla sua durata. Risulterebbe, pertanto, **inammissibile** un contratto di gestione che si atteggiasse come mandato *in rem propriam*, o come mandato irrevocabile, essendo imprescindibile ai fini della sua liceità che il consiglio di amministrazione della società preponente possa revocarlo in ogni momento sulla base di valutazioni in merito alla realizzazione dell'interesse sociale.

L'**opponibilità ai terzi** di questa forma di interposizione gestoria esige, comunque, che tale contratto sia assoggettato, quantomeno analogicamente, al sistema di **pubblicità legale** previsto per gli atti di preposizione institoria (31).

Quanto al problema della **tutela delle minoranze della società mandante** che non abbiano avvallato il perfezionamento del contratto di gestione (32) e dei creditori sociali, si rileva che il contratto di gestione si risolve in un mandato rappresentativo che

Note:
(segue nota 28)

tuisca non l'oggetto principale di un contratto (come avviene invece nel vero e proprio contratto di dominazione), ma una clausola funzionale e accessoria ad un più ampio accordo di collaborazione?».

(29) Così P. Fiorio, *Commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da G. Cottino, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, 148.

(30) Si pensi al caso in cui il contratto, invece di accordare alla proprietà uno stringente potere di direttiva sul gestore (il cui esercizio richiederebbe competenze manageriali di cui gli amministratori della preponente sono privi, tanto da giustificare la decisione di ricorrere ad un contratto di management) sottoponga le decisioni gestorie più importanti al controllo della preponente, richiedendone l'approvazione, o al suo veto (ad esempio con riferimento al personale esecutivo selezionato dal gestore), o limiti il potere di rappresentanza del gestore, dichiarando inefficaci i contratti di locazione e di affitto che questi perfezionerà in nome e per conto della proprietà ove non intervenga la ratifica di quest'ultima. Si pensi, inoltre, all'obbligo del gestore di sottoporre preventivamente alla proprietà, per l'approvazione, i piani commerciali e finanziari che segnano il limite delle attività demandate al gestore.

(31) E se si ritiene accettabile la sua assimilazione alla pattuizioni parasociali, occorre sottoporlo anche al regime di pubblicità e di trasparenza previsto dalla legge per queste ultime.

(32) Si ritiene che tale decisione sia di competenza dell'assemblea ordinaria della società proprietaria, sulla scorta dell'opinione di A. Musso, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione*, *op. loc. cit.* Secondo l'Autore, come l'assemblea ordinaria di una società di capitali è competente per la nomina degli amministratori, e persino a determinarne il numero, così alla stessa competerebbe l'approvazione di un patto di dominazione, quale fonte di direttive esterne all'impresa.

lascia sussistere la responsabilità civile degli amministratori della società preponente per le scelte gestorie operate dalla società di *management*: sia quella contrattuale (33) nei confronti della società preponente (*ex* artt. 2392 e 2393 c.c.), che quella extracontrattuale (34) nei confronti dei creditori, dei soci e dei terzi (artt. 2394 e 2395 c.c.). Questi ultimi, inoltre, potrebbero far valere, in via surrogatoria, l'azione di responsabilità contrattuale spettante alla società preponente, ove questa rimanga inerte, contro il gestore che non abbia diligentemente adempiuto al mandato conferitogli.

I vincoli di controllo contrattuale esterno fra società proprietaria e gestore. La compatibilità del contratto di gestione con le norme a tutela della concorrenza

Il particolare oggetto del contratto di gestione comporta che lo stesso possa risultare in concreto idoneo ad instaurare fra società preposta e società preponente una **relazione di controllo esterno**, della prima sulla seconda, rilevante ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 3 c.c. Ai sensi di questa disposizione «sono considerate società controllate: (...) 3) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».
In particolare, il contratto di gestione costituirà un accordo rilevante ai sensi della predetta norma quando, per il suo particolare contenuto (35) consenta, di fatto, un'influenza dominante, e dunque il controllo del gestore sul proprietario, se del caso attraendo quest'ultimo nel gruppo del gestore (36).
La prima conseguenza della rilevanza del contratto ai sensi dell'art. 2359, comma 1 n. 3 c.c. è la possibilità di responsabilizzare ai sensi dell'art. 2497 c.c. il gestore che agisca in **conflitto di interessi** con la società proprietaria. Infatti, ai sensi dell'art. 2497-*sexies* c.c. «si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente (...) che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c.».
Peraltro, l'attività di direzione e di coordinamento può fondarsi, ai sensi dell'art. 2497 c.c., non solo su una relazione di controllo interno (dunque sulla partecipazione al capitale sociale della controllata), ma anche su una relazione di controllo esterno (dunque su un contratto o su clausole statutarie).
Pertanto, se dalla *mala gestio* della controllante deriva un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale della controllata, i soci della società proprietaria potranno convenire, in via sussidiaria rispetto agli amministratori di quest'ultima, anche la società di gestione e, in solido con questa, «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo», e

Note:

(33) Da violazione dello statuto sociale: cfr. F. Galgano - R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2006, 480.

(34) In questo senso F. Galgano e R. Genghini, *op. loc. cit.*

(35) Ad esempio: clausole che, attribuendo alla società di *management* un ampio potere rappresentativo e gestorio, a fronte di un limitato dovere di consultazione, non vincolante, della preponente, vincolano di fatto la società proprietaria alle decisioni gestionali di un terzo; clausole che riservano al gestore la selezione e la formazione del personale in considerazione della sua superiorità tecnologica e commerciale senza alcun diritto di veto né poteri di direttiva della proprietà; clausole che disciplinano la licenza del marchio del gestore assoggettando il preponente ad un ampio potere di direttiva, controllo e ispezione del licenziante. Cfr. la Comunicazione della Commissione CE sulla nozione di concentrazione, a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, 98/C 66/02, par. 25: «normalmente i diritti di veto più importanti sono quelli che riguardano le decisioni relative alla nomina dei dirigenti e al bilancio preventivo. Il potere di condeterminare la struttura della dirigenza conferisce a chi ne è titolare il potere di esercitare un'influenza determinante sull'indirizzo dell'attività di un'impresa. Lo stesso vale per le decisioni relative al bilancio preventivo, in quanto questo determina esattamente il quadro delle attività dell'impresa e, in particolare, gli investimenti che può compiere».

(36) Il controllo è di regola preordinato a, e fa presumere, quell'attività di direzione e coordinamento da cui gli artt. 2497-2497-*sexies* c.c. fanno discendere l'appartenenza della società controllata al gruppo diretto dalla controllante: cfr. F. Galgano e R. Genghini, *op. cit.*, 299 ss. Cfr., altresì, A. Badini Confalonieri e R. Ventura, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da G. Cottino, O. Cagnasso e P. Montalenti, cit., 2156: «emerge la tendenziale identificazione dell'attività di direzione e coordinamento con un contesto di sistematica eterodeterminazione delle scelte gestionali della società controllata», salvo prova contraria. A. Musso, *Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali»*, in *CeI*, 1995, 33 ss., osserva che «anche i contratti di natura più strettamente «civilistica» (come il mandato con o senza rappresentanza) - in quanto intercorrano fra persone fisiche o giuridiche non già collegate da vincoli di partecipazione e purtuttavia siano idonei a consentire un'unitarietà direzionale fra gli amministratori (...) possano costituire «particolari vincoli contrattuali» secondo la norma in esame». Lo stesso Autore, in *Licenze di proprietà industriale*, cit., indica quali esempi di clausole suscettibili di mettere una parte in condizione di imporre le proprie scelte nella gestione dell'altra, e dunque di introdurre un vincolo di controllo, quelle «in base alle quali i modi di esercizio dell'attività di uno dei *partners* (che è allora il soggetto passivo del controllo) vengono ad essere condizionati, per tutta la durata del rapporto, dall'altro contraente (...); [quelle] che vincolino una delle imprese contraenti (quella appunto controllata) al perseguimento di determinate strategia produttive e di mercato, (...), a usare esclusivamente determinati marchi o determinate insegne, (...), che istituiscano vincoli e controlli per l'impresa controllata quanto alla selezione e formazione del personale; che subordinino la permanenza del rapporto contrattuale al mantenimento di una determinata compagine sociale, ovvero a una determinata composizione dell'organo amministrativo della società controllata, (...), o che vincolino l'impresa in posizione di dipendenza a non adottare determinate decisioni (ad esempio in materia di sviluppo, di investimenti, ecc.) se non con l'assenso preventivo dell'altra o sulla base delle indicazioni e istruzioni di quest'ultima». Che la nozione di controllo sia sufficiente per identificare il fenomeno di gruppo lo dice F. Galgano, *Diritto commerciale*, *Le società*, Bologna, 1994, 225.

dunque anche gli amministratori della società di gestione. La stessa azione di responsabilità sussidiaria può essere esperita dai creditori della società proprietaria qualora la *mala gestio* della società di *management* abbia cagionato una lesione all'integrità patrimoniale della società proprietaria.
Tale rimedio, attesa la sua **natura extracontrattuale** (37), riveste particolare interesse con riferimento alle ipotesi in cui il contratto di gestione risultasse nullo per violazione delle norme imperative dell'ordinamento interno in materia di organizzazione societaria. In tal caso, infatti, benché i soci e i creditori della società controllata non possano esercitare in via surrogatoria l'azione di responsabilità contrattuale spettante alla società proprietaria, attesa la nullità del contratto, potrebbero comunque esperire l'azione extracontrattuale prevista dall'art. 2497 c.c. (38).
Il fatto che il contratto di gestione sia uno strumento di **cooperazione fra imprese** origina, altresì, l'esigenza di interrogarsi sulla sua compatibilità con la disciplina, nazionale e comunitaria posta a presidio della **libertà di concorrenza**, e in particolare con la regolazione delle fattispecie concentrative e, in via residuale, con il divieto di intese restrittive.
Le fattispecie concentrative sono tutte quelle operazioni in cui «a) esistano in un primo tempo, almeno due imprese dotate di autonomia decisionale («economica») e b) successivamente tale pluralità di centri decisionali autonomi venga meno, per essere stabilmente unificata in un centro unitario» e tale effetto «c) (...) consegua ad una modificazione della struttura proprietaria o gestionale di almeno una delle imprese di cui alla lett. a)» (39).
La **natura potenzialmente concentrativa del contratto di gestione**, per la sua funzione di coordinamento, sotto una direzione unitaria, dell'attività di più imprese altrimenti indipendenti, è stata riconosciuta dalla stessa sentenza della Suprema Corte di Cassazione di Torino degli inizi del secolo, sopra menzionata.
Più in generale, ai sensi dell'art. 7 L. n. 287/1990, se il contratto di gestione accorda ad un'impresa la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'altra impresa, tale contratto assume natura concentrativa: a tal fine non è necessario che il contratto instauri necessariamente un vincolo di controllo esterno ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 3, essendo più ampia di quella civilistica la nozione di controllo rilevante ai fini *antitrust* (40).
Le concentrazioni non costituiscono di per sé operazioni lesive della concorrenza in quanto, se da un lato diminuisce il numero di imprese indipendenti presenti sul mercato, dall'altro si realizza «un'integrazione fra le economie delle imprese partecipanti» e questo può comportare un miglioramento dell'efficienza produttiva, una riduzione dei costi di gestione e un abbassamento del prezzo dei beni e dei servizi. Si tratta perciò di operazioni che, dal punto di vista concorrenziale, possono comportare sia dei costi che dei benefici (41).
Ciò spiega perché il Trattato UE non contenga un **divieto assoluto riferito alle concentrazioni**. Queste sono regolate, a livello comunitario, dal **Regolamento CE 20 gennaio 2004, n. 139/2004** e, a livello nazionale, dagli artt. 5 ss. **L. n. 287/1990**. Esse non sono vietate in via generale (è previsto, invece,

Note:

(37) In questo senso F. Galgano - R. Genghini, *op. cit.*, 321 ss., secondo cui il fatto colposo della *holding* è da ravvisare nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, mentre il danno ingiusto cagionato ai soci e ai creditori della controllata consiste, per i primi, nella lesione del diritto alla redditività e al valore della partecipazione sociale e, per i secondi, nella lesione della loro garanzia patrimoniale. Secondo Galgano, la responsabilità della *holding* verso i soci e i creditori della controllata non può che essere di tipo extracontrattuale, atteso che il principio di corretta gestione è contenuto di un dovere di protezione che incombe sulla *holding* esclusivamente nei confronti della controllata. Per la natura contrattuale di questa responsabilità cfr. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 674.

(38) Nota, infatti, A. Musso, *Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali»*, cit., che «l'invalidità originaria o sopravvenuta dell'accordo (...) non appare tendenzialmente idonea a eliminare la sussistenza del rapporto di controllo fino a quando il contratto di durata abbia avuto temporanea efficacia (quantomeno in modo sufficiente per integrare l'influenza dominante) conformemente al principio «*factum infectum fieri nequit*», salvo forse il caso di inesistenza radicale dell'accordo». Cfr., altresì, Sbisà, *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. soc.*, 1002, 906 ss.

(39) Per questa definizione si veda M. Ricolfi, *Antitrust*, in N. Abriani, G. Cottino, M. Ricolfi, *Diritto industriale*, Padova, 2001, 809. Cfr. altresì F. Ghezzi, *Le nozioni di concentrazione e di impresa comune negli orientamenti della Commissione CEE*, 282 ss.: «i criteri per determinare se vi sia o meno concentrazione (...) si imperniano sul concetto di acquisto del controllo, che è l'elemento costitutivo della fattispecie».

(40) Per le differenze fra le due nozioni cfr. M.S. Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457 ss., specie a p. 489: il controllo societario *ex* art. 2359 c.c. può essere un'influenza dominante solitaria e organica (o soggettiva), mentre ai sensi dell'art. 7 L. n. 287/1990 l'influenza determinante può essere anche congiunta; l'art. 2359 c.c. considera il controllo soggettivo «che si realizza in forma di influenza sugli organi» di una società, mentre «per il diritto della concorrenza viene anche in considerazione un controllo «oggettivo»», vale a dire sull'attività di un'impresa; infine il controllo *ex* art. 2359 c.c. può essere solo fra società, mentre controllante, per la disciplina antitrust, può essere anche un'impresa individuale.

(41) Cfr. sul punto M. Ricolfi, *Antitrust*, in *Diritto industriale*, in *Trattato* Cottino, Torino, 2001, 803 ss.

un obbligo di comunicazione preventiva all'autorità antitrust competente), ma solo se comportino la costituzione o il rafforzamento di una **posizione dominante sul mercato** nazionale, così da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza (art. 6 L. n. 287/1990) (42). Poiché la disciplina delle concentrazioni non vieta *tout court* gli accordi ad effetto concentrantivo, ma li assoggetta al **controllo preventivo dell'autorità *antitrust*** competente, è solo con il divieto pronunciato da quest'ultima che l'accordo ad effetto concentrativo può considerarsi vietato e assoggettato all'esercizio dei poteri deconcentrativi che la legge accorda all'autorità competente, oltre che alle sanzioni amministrative previste per il caso di inosservanza del provvedimento di divieto. Tuttavia è assai discussa la tesi di quanti ritengono che, in questo caso, l'accordo vietato possa considerarsi invalido e legittimi ad un'azione di nullità chiunque vi abbia interesse (43).

La disciplina sulle concentrazioni non si applica agli accordi di coordinamento infragruppo, ma solo a quelli che intervengano fra **imprese in origine indipendenti** (44). Allo stesso modo, anche la stipulazione di intese restrittive è consentita quando queste intercorrano tra imprese facenti parte di uno stesso gruppo, atteso che le imprese aggregate nel gruppo costituiscono comunque un'unità sul piano economico, ancorché risultino distinte sul piano giuridico (45).

Inoltre, se nell'accordo concentrativo ricorrono delle *ancillary restaints* (clausole determinative delle tariffe dei servizi offerti sul mercato dal gestore, clausole di esclusiva, patti di non concorrenza, obblighi di approvvigiona-

CONCENTRAZIONI SOPRA LA SOGLIA COMUNITARIA

Rientrano nell'ambito di applicazione del **Regolamento CE 139/2004** le concentrazioni quando: il fatturato mondiale dell'insieme delle imprese interessate superi 5 miliardi di euro, il fatturato totale realizzato individualmente nel territorio dell'Unione europea da almeno due delle imprese partecipanti all'operazione superi 250 milioni di euro, e almeno una delle imprese interessate dall'operazione di concentrazione non realizzi oltre due terzi del proprio fatturato comunitario in uno stesso Stato membro (art. 1. comma 2, Reg. 139/2004). Hanno parimenti **dimensione comunitaria** le operazioni nelle quali il fatturato complessivo mondiale sia superiore a 2,5 miliardi di euro; il fatturato totale dell'insieme delle imprese interessate in ciascuno di almeno tre Stati membri sia superiore a 100 milioni di euro; il fatturato realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate, in ciascuno dei medesimi tre Stati membri, sia superiore a 25 milioni di euro; il fatturato realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate nella Comunità sia superiore a 100 milioni di euro, sempre che ciascuna delle imprese interessate non realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità, all'interno di un solo e medesimo Stato membro (art. 1, comma 3, Reg. 139/2004).

Note:

(42) Formula speculare si trovava nell'art. 2, par. 3 Regolamento n. 4064/89/CE. Il Regolamento n. 139/2004/CE ha riformulato il precetto in esame nel modo seguente: «le concentrazioni che ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato». Occorre, in particolare, che l'operazione di concentrazione superi determinate soglie a livello nazionale o comunitario e che, sulla base di un giudizio prognostico, l'autorità competente la ritenga certamente in grado di pregiudicare in maniera sostanziale e durevole l'ingresso di concorrenti nello stesso settore di mercato. L'art. 2, comma 5, Regolamento 139/2004/CE ha introdotto il nuovo test comunitario di valutazione che impone alla Commissione di tener conto: «della presenza significativa e simultanea di due o più imprese fondatrici sullo stesso mercato dell'impresa comune, o su un mercato situato a monte o a valle di tale mercato, ovvero su un mercato contiguo strettamente legato a detto mercato», nonché «della possibilità offerta alle imprese interessate, attraverso il loro coordinamento risultante direttamente dalla costituzione dell'impresa comune, di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e servizi di cui trattasi». Secondo la dottrina questo nuovo test comunitario «amplia, anziché restringere, l'ambito delle operazioni suscettibili di essere vietate ai sensi della normativa in esame»: cfr. V. Mangini - G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2005, 92. Assai più analitici sono i criteri di valutazione enunciati dall'art. 6 della L. n. 287/1990, che impone di considerare: le possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori; la posizione sul mercato delle imprese interessate; il loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato; la struttura dei mercati; la situazione competitiva dell'industria nazionale; le barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti; l'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti e dei servizi in questione.

(43) Per la tesi dell'invalidità si veda M. Ricolfi, *Le concentrazioni*, in N. Abriani, G. Cottino, M. Ricolfi, *Diritto industriale*, cit., 853, sulla base della previsione contenuta nell'art. 7 par. 5 dell'abrogato regolamento 4064/1989; G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 551, il quale argomenta la nullità dell'accordo concentrativo vietato, sulla base della illiceità della causa per contrasto con l'utilità sociale. Diversamente A. Stabilini, *Concentrazioni e tutela dei terzi nella legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 448, ritiene che la «eventuale violazione da parte delle imprese interessate del provvedimento di divieto potrebbe dare luogo alla tutela civilistica segnatamente sotto il profilo del risarcimento dei danni eventualmente subiti dai terzi» ma non ad un'azione di nullità davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

(44) Cfr. V. Mangini - G. Olivieri, *op. cit.*, 97.

(45) Cfr. V. Mangini - G. Olivieri, *op. cit.*, 28 ss.

mento presso società collegate al gestore), queste, benché suscettibili di essere apprezzate come intese restrittive della concorrenza, **restano assorbite dal regime cui viene assoggettata l'operazione** in quanto pattuizioni meramente accessorie (46).
L'accordo concentrativo che non raggiunga la soglia economica rilevante ai fini *antitrust* (47), così come il contratto di gestione che non instauri fra le parti un vincolo di controllo esterno (per essere il gestore assoggettato alle direttive cogenti della società proprietaria), risultando così privo di effetti concentrativi, potrebbe tuttavia interessare il diritto antitrust sotto il profilo del **divieto generale di intese restrittive** della concorrenza, sancito dagli **art. 81 del Trattato UE** e art. 2 L. n. 287/1990, ove in esso ricorrano in concreto clausole aventi «per oggetto o per effetto di impedire, restringere, falsare il gioco della concorrenza». Si tratta normalmente di clausole di contenuto corrispondente alle *ancillary restraints* già esaminate e che, ove ricorrenti all'interno di un accordo di natura concentrativa, sfuggirebbero al divieto di intese restrittive ove la concentrazione fosse ritenuta ammissibile.
Anche le **intese restrittive** sono vietate se risultano rilevanti per il mercato, e dunque comportino una restrizione consistente della concorrenza, laddove sono sicuramente lecite le intese di importanza minore (48).
Possono, inoltre, fruire di un'esenzione dal divieto (49) le intese che, ai sensi dell'art. 81, comma 3 del Trattato UE e, a livello nazionale, ai sensi dell'art. 4 della L. n. 287/1990, siano giudicate idonee a contribuire al miglioramento della produzione o distribuzione dei prodotti o alla promozione del progresso tecnico od economico, laddove una congrua parte dell'utile che ne deriva sia riservata agli utilizzatori e le restrizioni concorrenziali derivanti dall'intesa siano **proporzionate** al raggiungimento di tali obiettivi e non sopprimano del tutto la concorrenza nel mercato di riferimento (50).
Un contratto di gestione che, per le particolari clausole restrittive che ne costituiscono il contenuto, sia qualificabile come intesa restrittiva è nullo (art. 81, comma 2 Trattato UE e art. 2, comma 3, L. n. 297/1990). Poiché la norma comunitaria ha efficacia diretta negli Stati membri, **chiunque vi abbia interesse** può adire l'autorità giudiziaria italiana per far accertare la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza (51).

L'estinzione del contratto di gestione alberghiera

Il contratto di gestione alberghiera si atteggia come un contratto di durata, in quanto il tempo costituisce un elemento essenziale per la soddisfazione dell'interesse di ciascuna parte (52).
Normalmente il contratto fissa una durata determinata, piuttosto lunga, di quindici o vent'anni, e prevede meccanismi di proroga tacita della stessa.
Trattandosi di un **contratto atipico**, l'assenza di un termine finale o di altri meccanismi convenzionali intesi a limitarne la durata, dovrebbe porre in dubbio la sua validità (53).

Note:

(46) Cfr. A. Vanzetti - V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2005, 599, i quali precisano che tali clausole «quando sono indispensabili al buon esito dell'operazione di concentrazione, hanno consistenza limitata e importanza subordinata rispetto all'oggetto principale dell'operazione, e non hanno effetti diretti a danno di terzi, non sono assoggettate al divieto di intese restrittive (...); sono solo oggetto di valutazione all'interno della normativa sulle concentrazioni».

(47) Un'operazione di concentrazione assume dimensione comunitaria quando raggiunge le soglie di fatturato indicate dall'art. 1, par. 2 Regolamento n. 139/2004, mentre ha dimensione nazionale quando superino anche uno solo dei parametri di fatturato indicati dall'art. 16 L. n. 287/1990.

(48) Cfr. V. Mangini, *Le intese restrittive della concorrenza*, in V. Mangini e G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Torino, 2005, 24 richiama la Comunicazione *de minimis* della Commissione, risalente al 1970 e poi revisionata più volte fino al 22 dicembre 2001, ove vengono indicate le dimensioni delle imprese al di sotto delle quali il loro accordo può essere considerato di importanza minore. A tal fine sono piccole e medie le imprese con meno di 250 dipendenti e con fatturato annuo inferiore a 40 milioni di euro o con un totale di bilancio inferiore a 27 miliardi di euro. Con riferimento alle quote di mercato, si considerano minori le intese orizzontali in cui la quota di mercato aggregata detenuta dalle parti dell'intesa non sia superiore al 10% e le intese verticali in cui la quota di mercato detenuta da ciascuna delle parti dell'accordo non superi il 15%. Tuttavia, dell'esenzione non beneficiano le intese intrinsecamente restrittive, quali le fissazioni di prezzo, le limitazioni della produzione e delle vendite, le ripartizioni territoriali.

(49) Nel nuovo regime di eccezione legale introdotto dal Regolamento n. 1/2003 viene meno il potere della Commissione di accordare esenzioni individuali, restando in vigore la possibilità di esenzione di categorie di accordi per via di regolamento (c.d. *block exemptions*).

(50) Cfr. *funditer* M. Ricolfi, *op. cit.*, 677 ss.

(51) Cfr. M. Ricolfi, *op. cit.*, 666 ss.

(52) Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 214: «Le obbligazioni ad esecuzione continuata sono quelle in cui l'interesse del creditore è definitivamente soddisfatto nella misura in cui l'adempimento dura nel tempo».

(53) F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo 1, Padova, 2004, 543 ss., con riferimento ai contratti atipici perpetui, attesa l'inammissibile applicazione analogica dell'art. 1373 c.c. in quanto norma eccezionale, propende per la loro nullità, atteso che l'inammissibilità di vincoli contrattuale perpetui è un principio di ordine pubblico, o «tutt'al più» per la loro conversione a norma dell'art. 1424 c.c. in contratti a tempo indeterminato con facoltà di recesso delle parti.

Se, invece, si ritiene che il contratto di gestione sia causalmente riconducibile allo schema del mandato, la validità del contratto a tempo indeterminato discenderebbe dalla sua integrazione legale con il diritto potestativo di recesso previsto dalla disciplina tipica del mandato tanto a favore del mandante (revoca) quanto a favore del mandatario (rinuncia). La disciplina legale consente che il mandato a tempo indeterminato possa estinguersi per revoca del mandante o per rinuncia del mandatario, purché l'uno e l'altro diano un congruo preavviso, salvo che ricorra una giusta causa (vedi **artt. 1725, comma 2 e 1727 c.c**.). Tuttavia, nonostante il preavviso, la revoca o la rinuncia non estinguono il mandato ove questo sia stato conferito anche nell'interesse del mandatario (c.d. mandato *in rem propriam*), salvo che ricorra una giusta causa (**art. 1723, comma 2, c.c.**). Si tratta allora di stabilire se il contratto di gestione alberghiera corrisponda allo schema causale del mandato oneroso ovvero a quello del mandato in *rem propriam*.

La giurisprudenza americana, riferendosi agli *hotel management agreements*, ha stabilito che la previsione di un corrispettivo a favore dell'*agent* **non basta a far ritenere sussistente un interesse gestorio proprio della catena** (54). Con la conseguenza che il contratto di gestione alberghiera non potrebbe ricondursi allo schema causale del mandato *in rem propriam* e si risolverebbe piuttosto in un **mandato oneroso**.

L'estinzione naturale del contratto per scadenza del termine convenuto non dà diritto ad indennizzi di sorta.

Nei contratti di gestione **a tempo indeterminato** ricorre spesso la previsione che accorda a ciascuna parte il diritto potestativo di recedere dal contratto con un congruo preavviso, salvo che ricorre una giusta causa (55). Nei contratti di **durata determinata** è spesso prevista la proroga tacita del contratto salvo disdetta da comunicarsi con il preavviso convenuto. In questo caso la **disdetta** comunicata senza il rispetto del preavviso non impedisce la proroga del contratto per un periodo di uguale durata, con la conseguenza che se la disdetta proviene dal proprietario che rientra immediatamente nel possesso dell'albergo questi sarà comunque tenuto a risarcire al gestore il danno da **inadempimento contrattuale** pari all'importo dei corrispettivi e al valore dei benefici di cui questi avrebbe fruito per la durata residua del contratto (56).

Nei contratti sia tempo determinato che a tempo indeterminato è, inoltre, frequente la clausola che consente il **recesso con effetto immediato** (e dunque in via anticipata rispetto alla scadenza naturale del contratto ove quest'ultimo sia a tempo determinato) al ricorrere di una **giusta causa** di recesso. Quest'ultima deve intendersi integrata dall'inadempimento di non scarsa importanza di una delle parti riferito ad obbligazioni che spesso vengono a tal fine identificate nella clausola contrattuale relativa al recesso per giusta causa. Ne deriva che ove il recesso non sia giustificato, il recedente deve considerarsi a sua volta inadempiente. La giurisprudenza ha ritenuto che, nelle more della decisione di merito sulla sussistenza di una giusta causa, qualora il gestore non intenda rilasciare i locali dell'albergo, sussiste il **pericolo di un danno grave e irreparabile** per il proprietario, situazione che giustifica l'ottenimento di una inibitoria in via cautelare (57). Talora il contrat-

Note:

(54) La Court of Appeal of California, fourth appellate district, division one, 18 ottobre 1993, n. D019074, Pacific Landmark Hotel LTD et al., plaintiff and appellants, v. Marriott Hotels inc. et al., defendants and respondents, in 93 *Daily Journal DAR* 13251, ha espressamente affermato che: «*monetary compensation, in whatever form it may take, does not create a power coupled with an interest so as to make the agency irrevocable*». Pertanto, «*Cal. Civ. Code § 2356(a)(1) establishes that unless the power of an agent is coupled with an interest in the subject of the agency, the principal has the power to revoke the agency. This statutory power is independent and distinguishable from a contractual right to revoke an agency. Even it there is no contractual right to revoke an agency, § 2356(a)(1) gives the principal the statutory power to do so where the agency is not coupled with an interest in the subject of the agency*». In senso conforme United States Court of Appeals for the Third Circuit, 16 agosto 1996 - 12 settembre 1996, n. 96-7288, Governement Guarantee Fund of the Republic of Finland et al. v. Hyatt Corporation, in 1996 *U.S. App. LEXIS* 24010.

(55) È il dovere di buona fede che impone l'osservanza di un periodo di preavviso nel caso di recesso *ad nutum*, cosicché il recesso senza il rispetto del periodo di preavviso implica l'inosservanza del dovere di buona fede ma non l'inefficacia del recesso. In tal caso il recedente sarà tenuto al risarcimento dei danni, pari all'importo del canone per il periodo di preavviso non rispettato nel caso in cui a recedere sia il titolare dell'albergo: cfr. in tal senso Aránzazu Pérez Morione, *El contrato de gestión hotelera*, in AA.VV., *Leciones de derecho del turismo*, cit., 328.

(56) Cfr. in tal senso Court of Appeals of Wisconsin, district four, 15 giugno 1999, n. 98-2835, David A. Becker and Virginia M. Becker, plaintiffs-respondents - cross appellants, v. Aramia I Ltd, defendant - appellant - cross respondent, in 1999 *Wisc. App. LEXIS*, 766. Nel caso deciso il proprietario di un motel aveva disdettato il contratto di gestione, di durata annuale, tacitamente prorogabile, senza il preavviso di novanta giorni in esso convenuto. Il gestore ottenne il risarcimento dei danni da inadempimento ragguagliati all'importo dei corrispettivi e degli altri benefici che avrebbe percepito per la durata di un anno. In appello la corte ritenne che la decisione dei giudici di primo grado di non limitare l'entità dei danni al periodo del preavviso (pari a novanta giorni) discendeva dalla durata annuale del contratto, atteso che interpretarlo come se avesse consentito la disdetta in ogni momento avrebbe reso priva di significato la previsione di un termine di durata.

(57) Cfr. United States District Court for the District of Delaware, 4

(segue)

to predetermina le penali dovute da chi recede anzitempo senza giusta causa (58).
A seguito dell'estinzione anticipata del contratto di gestione per giusta causa, la parte inadempiente sarà tenuta al pagamento tanto del **danno emergente** (pari alle spese determinate dall'estinzione anticipata del contratto) quanto del **lucro cessante** (pari agli introiti che il titolare dell'albergo avrebbe prevedibilmente conseguito ove il contratto non fosse stato sciolto anticipatamente ovvero pari alla remunerazione che il gestore avrebbe conseguito in esecuzione del contratto ove questo non fosse stato anticipatamente risolto per colpa del titolare dell'albergo).
Si discute se, in caso di estinzione anticipata del contratto imputabile a colpa del titolare dell'albergo, questi sia tenuto a corrispondere alla catena un **indennizzo per la clientela**, in considerazione dei nuovi clienti acquisiti ovvero dell'incremento dei contratti conclusi con la clientela preesistente, considerandosi a tal fine solo la clientela abituale ed escludendosi i clienti occasionali. Se si considera che la clientela è **attratta dal marchio più che dall'albergo**, e che l'utilizzo del marchio da parte del titolare dell'albergo viene meno con l'estinzione del contratto si dovrebbe escludere che il gestore possa far valere un simile diritto all'indennizzo, anche *sub specie* di ingiustificato arricchimento, posto che la nuova clientela acquisita dall'albergo resterà legata al marchio e non alla proprietà. In ogni caso non si può escludere la meritevolezza di una clausola contrattuale che attribuisse espressamente al gestore un tale indennizzo.
Infine, nel caso in cui la relazione contrattuale si risolva anticipatamente per fatto imputabile al titolare dell'albergo, questi sarà tenuto ad indennizzare il gestore degli investimenti effettuati a proprio carico, laddove la risoluzione anticipata ne abbia impedito l'ammortamento (59).

Note:
(segue nota 57)

febbraio 1998, n. 97-450 JJF, Woodley Road Joint Venture et al., plaintiff, v. ITT Sheraton Corporation and Sheraton Operating Corporation, defendants, in 1998 *U.S. District LEXIS 22825*, che accordò al proprietario che, aveva disdettato anticipatamente il contratto di gestione, una *injunction* sul presupposto che «*money damages would not be adequate if the owners were ultimately successful, whereas the money damages would be an adequate remedy for the operators. Similarly, the harm to the owner if the injunction was denied outweighed any harm to the operators from a wrongful termination*».

(58) Così la Court of Appeal of Kentucky, 25 gennaio 2002, n. 1999 - CA - 002781 - MR, Inn Group Management Services inc., appellant v. Phil Greer et al., in 2002 *Ky. App. LEXIS* 137, ha accordato al gestore la penale prevista in contratto per il caso di recesso senza giusta causa, comprensiva anche delle spese legali sostenute, sulla base delle seguenti clausole contrattuali: «*7.06 Early termination. Neither party to this Agreement may terminate this Agreement during the first thirty-six (36) months without a cancellation fee prior to the expiration of the term of this Agreement except for cause. Cause is defined as a material breach of any of the terms of this Agreement which is not cured by the breaching party within thirty (30) days of receiving written notice thereof from the non-breaching party. There shall be a cancellation fee to be paid by Owner to Manager for early termination of this Agreement by Owner for any reason other than cause. The cancellation fee for early termination shall be the lesser of six (6) months in fees at a rate of Four Percent (4%) of Gross Receipts or for the remainder of the Management Contract Term*». In questo caso, tuttavia, la penale non limitava l'ammontare del risarcimento dovuto, che veniva fatto espressamente salvo dalla seguente previsione: «*9.06 Attorney's Fee. Should either party employ an attorney or attorneys to enforce any of the provisions hereof or to protect its interest in any manner arising under this Agreement, or to recover damages for the breach of this Agreement, the non-prevailing party in any action (the finality of which is not legally contested) agrees to pay the prevailing party all reasonable costs, damages and expenses, including attorney's fees, expended or incurred in connection therewith*».

(59) Aránzazu Pérez Morione, *El contrato de gestión hotelera*, in AA.VV., *Leciones de derecho del turismo*, cit., 334, osserva che ai fini della quantificazione dell'indennizzo per gli investimenti occorrerà considerare se il costo degli investimenti effettuati non sia stato compensato con l'importo dei corrispettivi già percepiti dalla catena; se tali investimenti siano stati effettuati esclusivamente a beneficio del titolare dell'albergo o se siano utilizzabili anche a favore di altri alberghi che la catena ha in gestione, cosicché l'importo dell'indennizzo non equivale all'importo dell'investimento ma solo all'entità dei danni che il gestore abbia subito sotto questo profilo per effetto della risoluzione anticipata del contratto dovuta a fatto e colpa del titolare dell'albergo.