



# Unione mese

## Notiziario mensile

Rif. n° u4304/03 del 31/07/2003

SL/ sp

Per: AMMINISTRAZIONE FISCALE/TRIBUTARIO

### Riforma del diritto societario - La disciplina dei gruppi di imprese

Tra le novità più significative del D. Lgs n. 6 del 17 gennaio 2003, merita segnalazione la previsione di un'organica disciplina in materia di gruppi tra imprese. Il nuovo Capo IX, intitolato "*Direzione e coordinamento di società*", detta alcune disposizioni relative:

- alla responsabilità della società o ente capogruppo verso il singolo socio e o creditore della società controllata (art. 2497);
- agli obblighi di pubblicità e motivazione delle decisioni conseguenti all'appartenenza ad un gruppo (art. 2497-*bis* e *ter*);
- alle ipotesi nelle quali viene riconosciuto il diritto di recesso al socio delle società dipendente (art. 2497-*quater*);
- alla disciplina dei finanziamenti infragruppo (art. 2497-*quinquies*).

Coerentemente con le indicazioni della legge delega, le nuove previsioni introducono una serie di obblighi di carattere generale, destinati a trovare applicazione a qualsiasi raggruppamento di imprese, a prescindere dalla tipologia societaria prescelta dalle imprese facenti parte del gruppo.

Nella tabella che segue sono riassunte le principali novità, nonché gli **adempimenti** cui le imprese sono tenute per conformarsi agli obblighi introdotti con la riforma.

<b>Nozione di gruppo</b> <b>(artt. 2497- 2497- sexies)</b>	Sono soggette all'applicazione delle disposizioni di cui al nuovo Capo IX del codice civile, le <b>società che esercitano attività di direzione e coordinamento</b> , intendendosi per tali:  <b>a)</b> le società o gli enti che esercitano un controllo su altre società ai sensi dell'articolo 2359 c.c.  Tale controllo può essere:  i) di diritto: se si realizza attraverso l'esercizio della maggioranza dei voti nella assemblea ordinaria della società soggetta a controllo;  ii) di fatto: se si realizza attraverso l'esercizio di un numero di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria della società soggetta a controllo;  <b>b)</b> le società o gli enti tenuti al consolidamento dei bilanci delle società da essi controllate;  <b>c)</b> <i>chi</i> esercita la suddetta attività su un'altra società, attraverso vincoli contrattuali (ad es. patti di sindacato o clausole degli atti costitutivi che
---	---



# Unione mese

## Notiziario mensile

	conferiscono determinati poteri, quali ad esempio, la possibilità di nominare un certo numero di componenti dell'organo amministrativo).
<b>Responsabilità</b> <b>(art. 2497)</b>	<p>È prevista un'apposita tutela in favore dei soci e dei creditori delle società controllate, per il pregiudizio loro cagionato dalla società che esercita attività di direzione e coordinamento di imprese, in violazione dei principi di corretta gestione societaria.</p> <p>Soci e creditori delle società controllate (ma anche la stessa società soggetta a controllo) possono pertanto proporre direttamente azione di responsabilità nei confronti degli enti controllanti.</p> <p>La responsabilità della capogruppo è però esclusa se il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento o comunque integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette.</p>
<b>Adempimenti pubblicitari</b> <b>(art. 2497-bis)</b>	<p>Le società <u>soggette all'altrui attività di direzione e coordinamento</u> devono:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- provvedere all'iscrizione presso l'apposita sezione istituita nel registro delle imprese;</li><li>- provvedere all'indicazione, negli atti e nella corrispondenza del proprio stato di soggezione;</li><li>- esporre, in un'apposita sezione della nota integrativa al bilancio, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società (o dell'ente) che su di essa esercita attività di direzione e coordinamento.</li></ul> <p>Inoltre, gli amministratori delle società o degli enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento devono indicare nella nota sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita attività di direzione e coordinamento e l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.</p>
<b>Motivazione delle decisioni</b> <b>(art. 2497-ter)</b>	<p>Le decisioni delle società controllate, <b>influenzate</b> dalla politica della controllante devono essere puntualmente motivate, al fine di consentire una valutazione circa l'effettiva sussistenza di un interesse di gruppo.</p> <p>L'obbligo di <b>motivazione</b> concerne le decisioni assunte in sede di CdA ovvero quelle deliberate in assemblea, laddove tali ultime riflettano una posizione di soggezione dalla controllante.</p>
<b>Recesso</b> <b>(art. 2497-quater)</b>	<p>Sono previste specifiche ipotesi di recesso, dettate in aggiunta a quelle ordinarie, che ricorrono:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento delibera una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero delibera una modifica del suo oggetto sociale, consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento (lett. a);</li></ul>



# Unione mese

## Notiziario mensile

	<ul style="list-style-type: none"><li>- quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497. In questo caso il diritto di recesso può essere esercitato solo per l'intera partecipazione del socio (lett. b);</li> <li>- all'inizio o alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto (lett. c).</li></ul>
--	---

Le nuove norme non forniscono una nozione di gruppo (o di impresa capogruppo). Di fatto, le parole gruppo o capogruppo mai compaiono nella formulazione delle singole disposizioni. La ragione di questa scelta è espressa nella Relazione al decreto, che precisa che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici, per cui una qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata rispetto all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica.

Si è invece ritenuto opportuno intervenire su quello che appariva il problema centrale del fenomeno del gruppo, ovvero quello della responsabilità della società controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata.

Al fine di offrire definizione e soluzione a tali problemi, il legislatore assume a fondamento della nuova disciplina l'esercizio *di attività di direzione e coordinamento* di società, quale tipica manifestazione esterna dell'attuazione di una politica di gruppo.

Le intenzioni del legislatore sembrano inoltre rivolte esclusivamente al solo **gruppo di fatto**, in cui cioè l'attività di direzione e coordinamento è esercitata dalla capogruppo su una o più società in virtù di un rapporto di controllo.

Non sembra invece riconosciuta la previsione del c.d. **gruppo di diritto**, che si configura quando, mediante un apposito contratto tra due società – ovvero mediante una specifica dichiarazione da parte della società controllante nei confronti della controllata – la capogruppo acquisisce il diritto di impartire alle società dipendenti direttive anche pregiudizievoli per queste ultime. Il riferimento è chiaramente al contratto di dominazione, conosciuto nell'esperienza giuridica tedesca. Sebbene in sede di redazione di legge delega non si fosse esclusa in assoluto questa possibilità, non sembra, come vedremo, che le scelte del legislatore delegato si siano poi orientate in questa direzione.

Va in ultimo aggiunto che la disciplina inserita nel Capo IX non esaurisce il complesso delle norme riguardanti i gruppi di imprese.

Si possono al riguardo ricordare una serie di altre disposizioni disseminate all'interno dell'impianto codicistico che, unitariamente considerate, disciplinano specifici aspetti comunque afferenti al fenomeno dei gruppi.

Si tratta, in particolare:

- dell'articolo 2381, co. 5, che prevede un obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate;



# Unione mese

## Notiziario mensile

- dell'articolo 2403-bis, che riconosce in capo al collegio sindacale il potere di richiedere "agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari" ovvero "di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale";
- dell'articolo 2409 che prevede il potere di denuncia al tribunale del collegio sindacale (ovvero del P.M. per le società che fanno appello al pubblico risparmio), nel caso in cui gli amministratori della controllante compiano gravi irregolarità nella gestione, tali da poter arrecare danno alla società controllata (2409 comma 1).

### 1. La responsabilità della società o ente che esercita attività di direzione e coordinamento (art. 2497)

Anteriormente alla riforma, il codice civile si occupava dei gruppi di società solo all'art. 2359 che definisce il controllo, azionario o contrattuale, esercitato da una società *holding* nei confronti delle società controllate.

Il legislatore del 2003, nel tentativo di conferire una specifica disciplina ad un fenomeno tanto diffuso nella realtà imprenditoriale italiana (in Italia circa il 50% delle società con almeno 50 addetti è costituita in forma di gruppo) dedica al gruppo un complesso unitario di ben sei disposizioni che vanno dall'art. 2497 all'art. 2497-sexies.

La prima delle disposizioni in esame affronta l'aspetto più problematico del fenomeno, ovvero quello della **responsabilità** della controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata.

Dispone infatti l'articolo 2497, co. 1, che "*le società o gli enti che esercitano **attività di direzione e coordinamento di società** rispondono direttamente nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale, quando agiscono nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società*".

A fondamento del fenomeno del gruppo il legislatore pone, dunque, **l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento** di una società, da parte di un soggetto diverso, finalizzata al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui. L'esercizio di tale attività diviene fonte di responsabilità, se realizzata in violazione dei principi di corretta gestione societaria.

La genesi dell'articolo 2497 va individuata nell'art. 3, ult. co., della legge n. 95/1979, che ha introdotto nel nostro ordinamento *la responsabilità per direzione unitaria* nell'ambito di una procedura concorsuale.

In particolare, la norma affrontava il fenomeno della responsabilità da controllo, sancendo che, ove si fosse verificata l'ipotesi di una direzione unitaria, gli amministratori della società che avevano esercitato tale direzione, avrebbero dovuto rispondere in solido con gli amministratori della società in amministrazione straordinaria.

La previsione della responsabilità per illegittimo esercizio della direzione unitaria non ha subito sostanziali modifiche nella sua formulazione, neppure con la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, introdotta dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270. L'articolo 90 del nuovo provvedimento, riproduce di fatto la disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'articolo 3 dell'abrogata legge del 1979. Pertanto, anche nella nuova formulazione, il coinvolgimento degli amministratori della controllante nella responsabilità per i danni arrecati ad una controllata dai suoi amministratori risultava subordinato al previo accertamento della direzione unitaria delle due gestioni.

È superfluo precisare che il concetto di direzione unitaria non rilevava però limitatamente all'ambito della responsabilità da controllo in capo agli amministratori.



# Unione mese

## Notiziario mensile

Tale locuzione, intesa quale flusso costante di istruzioni che la società controllante impartisce alla controllata circa le modalità gestionali, il reperimento dei mezzi finanziari, le politiche di bilancio, veniva spesa, nelle numerose pronunce della Corte di Cassazione, quale elemento qualificante del fenomeno del gruppo di imprese (Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439). La "direzione unitaria" qualificava pertanto l'attività diretta a coordinare la politica economica e le strategie complessive delle società collegate, imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi ad una pluralità di soggetti formalmente distinti, di modo che il gruppo veniva ad essere gestito come se si fosse trattato di una sola impresa.

La novella del 2003 non richiama tuttavia il concetto di direzione unitaria. In luogo di tale locuzione, l'articolo 2497 fa infatti riferimento all'*attività di direzione e coordinamento*, cui il legislatore ancora la responsabilità della *holding*, nel caso in cui l'esercizio di tale attività sia svolto in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nei confronti delle società dirette e coordinate.

Il legislatore omette però di dare compiuta definizione alla locuzione "*attività di direzione e coordinamento*", inserendo invece al successivo articolo 2497-*sexies* – norma di chiusura del Capo IX – una serie di indici per l'accertamento della stessa.

La norma prevede infatti che l'attività debba presumersi, salva prova contraria, nelle società e negli enti che controllano altre società e sono tenute al consolidamento dei loro bilanci, ovvero nel caso in cui, il collegamento tra società o enti controllanti si esaurisce nel controllo, senza che sorga l'obbligo del consolidamento dei bilanci di cui agli artt. 25 segg. del D. Lgs. 9 aprile 1991, n. 127.

Il secondo comma dell'articolo in esame aggiunge, inoltre, che la direzione e il coordinamento possono dipendere anche da rapporti contrattuali o da clausole statutarie.

Esercitano, dunque, attività di direzione e coordinamento:

1. le società o gli enti tenuti al consolidamento del bilancio;
2. le società che esercitano un controllo, secondo le indicazioni di cui all'art. 2359;
3. *chi* esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.

Dubbi interpretativi solleva l'ultima delle previsioni citate. Essa, infatti, così come formulata, sembrerebbe fare riferimento ai contratti di subordinazione o di dominio, conosciuti soprattutto nell'ordinamento tedesco. Contratti che realizzano un rapporto di sudditanza della società dominata verso la capogruppo, che acquista il diritto di impartire direttive, anche pregiudizievoli, nei confronti della prima.

Come noto, nonostante alcuni tentativi della dottrina, i contratti di dominio sono da sempre ritenuti incompatibili con i principi fondamentali del nostro ordinamento. In particolare, la dottrina italiana si è tradizionalmente orientata a seguire un'interpretazione restrittiva dell'articolo 2359, co. 1, n. 3, laddove questa norma, facendo generico riferimento ad una situazione di controllo conseguente all'influenza dominante di una società su un'altra, in virtù di "*particolari vincoli contrattuali*", offrirebbe più che uno spunto per includere anche i contratti che dispongono direttamente del "governo" della società. L'articolo 2359, co. 1, n. 3, è stato così riferito a quei soli contratti, noti come contratti di controllo (ad es. contratto di agenzia, al contratto di fornitura e di licenza di brevetto, contratto di *franchising*), che hanno l'effetto di creare una sudditanza economica di una società in favore di un'altra (Cass., 27 settembre 2001, n. 12094).

Con l'emanazione della novella, il riferimento, contenuto nel secondo comma dell'articolo 2497-*sexies*, all'"*attività di direzione e coordinamento di società, sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti*" ha creato una prima spaccatura tra gli interpreti della riforma, probabilmente destinata a trovare definizione solo con le prime pronunce giurisprudenziali.



# Unione mese

## Notiziario mensile

Sebbene alcuni autori ritengono che la previsione di cui all'articolo 2497-*sexies*, co. 2, legittimi una simile tipologia contrattuale, non sembra che con la riforma si sia voluta introdurre una disciplina del gruppo di diritto. Non si è cioè voluto prevedere un modello di gestione accentrata del gruppo, che consenta la legalizzazione di una direzione penetrante di una società sulle altre.

Nel tentativo di definire il significato dell'espressione contenuta nel secondo comma dell'art. 2497-*sexies*, alcuni commentatori ritengono che il riferimento all'"attività di direzione e coordinamento di società, sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti" volutamente ricalchi le definizioni di controllo contenute in alcune leggi speciali (si pensi, in particolare, alle previsioni contenute nell'art. 26 del D. Lgs. 1991, n. 127, art. 26, co. 2, lett. a), o anche a quelle dell'art. 7 della legge *antitrust* n. 287/1990), non tanto per legittimare il contratto di dominazione nel nostro ordinamento, quanto per riportare, sul piano del codice civile, le situazioni di controllo disciplinate nella legislazione speciale, che si concretano comunque nella presenza di una direzione comune.

### 1.1. Soggetti che esercitano attività di direzione e coordinamento.

Quanto ai soggetti che esercitano attività di direzione e controllo, l'attuale formulazione della norma fa espresso riferimento alle società e agli enti. In verità, nello schema di decreto sottoposto per il parere al Parlamento, la responsabilità per abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento era prevista in capo a *chi a qualunque titolo* era titolare del potere di esercitarla. La disciplina sembrava perciò inizialmente applicabile, non solo alle organizzazioni collettive, ma anche alle persone fisiche che attraverso la partecipazione di controllo svolgessero un'attività imprenditoriale di direzione e coordinamento del gruppo (tale impostazione seguiva l'orientamento della giurisprudenza, di merito e di legittimità, che affermava la responsabilità della *holding* persona fisica. Si vedano, sul punto, Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439; App. Catania, 18 gennaio 1997).

Nella versione definitiva del decreto, la designazione del soggetto responsabile è stata modificata, tanto che, come può agevolmente comprendersi, l'attuale disposizione fa esclusivo riferimento "*alle società o agli enti*".

È evidente che, con tale modificazione, sono state volutamente escluse le persone fisiche dall'ambito di applicazione della norma, che così riguarda solo le organizzazioni collettive.

Quanto invece alla disciplina della *holding* persona fisica trovano esclusiva applicazione le disposizioni di diritto comune.

Dalla lettura complessiva del Capo IX, sembrerebbe però che il solo cambiamento della lettera dell'art. 2497, non sia sufficiente ad escludere, in maniera definitiva, la possibile applicazione della nuova disciplina alla *holding* persona fisica. Il riferimento alla persona fisica residua infatti nel secondo comma dello stesso articolo, che prevede la responsabilità anche di *chi* abbia preso parte al fatto lesivo, nonché nei successivi artt. 2497-*quinques* e 2497-*sexies*, ult. co., ove permane un riferimento generico a *chi* esercita attività di direzione e coordinamento. Se, quindi, come nell'ultima delle ipotesi citate, sembra residuare un mero difetto di coordinamento, nelle altre è palese la volontà del legislatore di voler mantenere l'estensione della responsabilità anche nei confronti della persona fisica.

Sono infatti, solidalmente responsabili, e quindi obbligati ai sensi dell'art. 2497, co. 3:

- i soggetti che abbiano preso parte al fatto lesivo;
- quanti abbiano *consapevolmente* tratto beneficio dal fatto lesivo.

### 1.2. Natura della responsabilità



# Unione mese

## Notiziario mensile

Problemi interpretativi solleva anche l'individuazione della natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità prevista dall'art. 2497 per la società controllata.

La Relazione al decreto specifica sul punto che *"la responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fondamentalmente di stampo aquiliano e necessariamente della controllante verso i danneggiati"*.

Questa scelta ha però già sollevato i primi commenti negativi, legati soprattutto alle conseguenze di ordine pratico che deriverebbero da una simile impostazione.

Come noto, il diritto al risarcimento si atteggia diversamente a seconda che sia configurabile un illecito in senso stretto (c.d. illecito aquiliano o extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ.), ovvero un inadempimento ai sensi dell'articolo 1218 cod. civ.

La ricostruzione dell'istituto secondo le forme di una responsabilità di stampo aquiliano comporta condizioni onerose in capo al soggetto danneggiato, soprattutto sotto il profilo probatorio. Gli attori (soci e creditori della controllata danneggiati dalla violazione dei principi di correttezza gestionale) sono infatti chiamati a provare, non solo la colpa della *holding* danneggiante, ma anche il rapporto di causalità tra condotta e danno lamentato.

La difficoltà oggettiva di fornire una simile prova ha pertanto indotto alcuni interpreti a configurare la responsabilità del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento nei termini di una responsabilità contrattuale.

Questa interpretazione presuppone però una diversa ricostruzione della disciplina, tale per cui l'esercizio del potere di direzione e coordinamento della controllante rappresenta un obbligo contrattuale vero e proprio, con la conseguenza di rendere applicabile la disciplina di cui all'art. 1218 cod. civ., e quindi lo spostamento dell'onere della prova, non più sull'attore (soci o creditori della società controllata), ma sulla società che esercita attività di direzione e coordinamento. Muovendo da questo assunto, infatti, l'attore dovrebbe dimostrare l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento, restando poi a carico della società capogruppo, convenuta in giudizio, fornire la prova che non sono stati lesi principi di corretta gestione o che l'operazione non abbia arrecato danno alla controllata.

### 1.3. La teoria dei vantaggi compensativi

Nell'individuare gli aspetti più significativi della disciplina dei gruppi di imprese, il legislatore della riforma pone l'accento sul dovere di corretta gestione societaria e imprenditoriale della *holding* nell'esercizio della sua attività di direzione e coordinamento.

Il compito riservato alla società *holding* è dunque quello di operare nell'ambito di una logica globale del gruppo, cercando di evitare possibili conflitti di interesse nelle operazioni infragruppo e prevenire danni e pregiudizi, anche se a carico di una sola delle società dirette e coordinate. Aggiunge però il legislatore, nell'ultima parte del primo comma dell'art. 2497 che, nell'ipotesi in cui la società *holding* abbia cagionato un danno ad una (o ad alcune) delle società controllate ed il danno non sia stato eliminato, la *holding* è esonerata dalla responsabilità se, dalla strategia complessiva del gruppo, la società danneggiata ha comunque tratto benefici.

Di responsabilità, dunque, non può parlarsi se il danno risulta mancante dal risultato complessivo dell'attività di direzione coordinamento ovvero risulta completamente eliminato con l'esercizio di tale attività coordinata.

L'esonero di responsabilità contenuto nell'ultimo capoverso del comma primo dell'articolo 2497 recepisce in pieno la *teoria dei vantaggi compensativi*, affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza anteriore alla riforma in commento (Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325; Cass., 21 gennaio 1999, n. 521).



# Unione mese

## Notiziario mensile

Coerente con questa impostazione è la norma penale di cui all'art. 2634 cod. civ., relativa all'infedeltà patrimoniale, che al terzo comma esclude l'ingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo, se esso sia compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

La lettura coordinata e congiunta delle due disposizioni porta pertanto ad escludere che il pregiudizio cagionato al patrimonio della controllata possa essere fonte di responsabilità della *holding*, se la prima trova compensazione nei vantaggi, conseguiti o prevedibili, che derivano alla controllata dalla propria appartenenza al gruppo.

### *1.4. L'esercizio dell'azione di responsabilità*

L'art. 2497 introduce, come si è visto, a favore dei soci e dei creditori delle società sottoposte ad azione di direzione e controllo, la possibilità di esercitare un'azione di responsabilità nei confronti della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Si tratta di un'azione diretta dei soci e dei creditori e non surrogatoria di un'eventuale azione che spetterebbe alla società sottoposta a direzione e coordinamento.

Il possibile esercizio di un'azione diretta nei confronti della controllante non si sostituisce in alcun modo alle altre possibili azioni esercitabili dal socio o dal creditore verso gli amministratori della controllata, rispettivamente previste dagli articoli 2394 e 2395. Il legislatore sembra piuttosto voler attribuire ai soci ed ai creditori della controllata un'ulteriore azione che si affianca a quelle preesistenti, per sanzionare la responsabilità da direzione e coordinamento di società e di enti che agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

La regolarità della condotta della società capogruppo, nei confronti delle società da lei dirette e coordinate, deve consistere non solo nella correttezza delle istruzioni impartite, in tema di gestione dell'impresa, ma anche nel corretto equilibrio fra l'interesse proprio e quello delle controllate.

Condizione di ammissibilità dell'azione è, dunque, non solo l'agire del soggetto controllante in conflitto di interessi, ma anche il mancato rispetto dei principi di corretta gestione societaria in una logica di gruppo di imprese.

Dalla lettura dell'art. 2497 sembra che soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di responsabilità siano i creditori e i soci della società controllata (sul punto v. il successivo § 1.6). Va però precisato che, sebbene il legislatore non preveda in maniera espressa l'esercizio di un'azione della controllata nei confronti della società *holding*, non è da escludere la sua configurabilità. Indici interpretativi in tal senso si evincono, sia pur indirettamente, dal contenuto del terzo comma della norma in esame, in cui si afferma che l'azione dei soci e dei creditori è esperibile solo ove gli stessi non siano rimasti sufficientemente soddisfatti dalla società controllata.

E infatti, come risulta dalla Relazione, tale previsione volutamente nasce per evitare che il margine di iniziativa della società soggetta ad altrui attività di direzione e coordinamento sia eccessivamente ridotto, come conseguenza della possibile azione diretta da parte dei suoi soci o dei creditori.

### *1.5. La legittimazione passiva*

Legittimati passivi alla predetta azione di responsabilità sono le società e gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento. È chiaro che questi saranno esonerati da responsabilità, ove forniscano la prova dell'inesistenza dell'attività di direzione e coordinamento.



# Unione mese

## Notiziario mensile

Il secondo comma dell'art. 2497 estende la responsabilità anche a chi abbia preso parte al fatto lesivo e a chi ne abbia comunque tratto "*consapevolmente*" beneficio.

Sembrerebbe perciò che il dettato normativo estenda la responsabilità agli amministratori della *holding*, che abbiano commesso le operazioni dedotte in giudizio come causa di danno.

Se, infatti, a differenza degli artt. 2394 e 2395 - concernenti, rispettivamente, l'azione individuale di responsabilità dei creditori sociali e quella dei soci - l'articolo in questione fa espresso riferimento alla sola società *holding*, ciò non esclude la responsabilità degli amministratori nei confronti dei soggetti danneggiati (art. 2049). La società *holding* potrà pertanto eventualmente rivalersi nei confronti degli amministratori degli effetti di una loro condanna, inflitta a definizione di un giudizio di responsabilità promosso dai soci e dai creditori delle controllate.

### 1.6. La legittimazione attiva

Quanto alle condizioni richieste per l'esercizio dell'azione, la nuova disciplina comunemente prevede, per i soci o per i creditori, che la società controllante abbia agito in violazione dei richiesti principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Con riferimento alla società capogruppo (ed ai suoi amministratori) la regolarità della sua condotta consiste, come si è detto, non solo, genericamente, nella correttezza delle istruzioni impartite, ma nel conseguimento di un giusto equilibrio fra l'interesse proprio e quello delle controllate.

Diversamente si atteggia, invece, l'ulteriore requisito del danno subito, a seconda che si faccia riferimento ai soci ovvero alla categoria dei creditori sociali.

Se, infatti, con riferimento ai primi il legislatore legittima l'esercizio dell'azione se ricorre un "*(..) pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale*", per i creditori sociali fa invece riferimento "*alla lesione cagionata all'integrità del capitale sociale*". Di seguito approfondiremo i due diversi presupposti in termini di danno.

#### 1.6.1. L'azione di responsabilità da parte dei soci

Relativamente al pregiudizio sofferto dai soci, la formulazione dell'articolo 2497 è stata oggetto di una lunga elaborazione. In una prima versione, il danno ai soci era stato configurato come lesione del diritto all'utile di esercizio e alla valorizzazione della quota sociale. Nella formulazione definitiva della norma, invece, il riferimento a tale ipotizzata lesione è stato eliminato.

Escluso pertanto il riconoscimento di un diritto all'utile, la lesione risarcibile è stata più genericamente identificata nel depauperamento del patrimonio della società controllata ovvero nel mancato ottenimento dello scopo lucrativo della società medesima, a causa delle direttive impartite dalla controllante.

Sotto il profilo applicativo, il socio della controllata può esercitare direttamente l'azione contro la controllante che, con le sue direttive, ne ha cagionato il danno. E ciò in deroga a quanto previsto dall'art. 2395, che legittima invece l'esercizio dell'azione del socio per il risarcimento del danno direttamente arrecato al suo patrimonio, indipendentemente dal fatto che un danno sia derivato anche al patrimonio della società.

#### 1.6.2. L'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali

Un'azione analoga a quella prevista a favore dei soci, l'art. 2497 conferisce ai creditori sociali.



# Unione mese

## Notiziario mensile

Requisito specifico per l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali è l'incapienza del patrimonio della società controllata, conseguente ai danni cagionati dall'attività di direzione e coordinamento da parte della società *holding*.

Analogamente a quanto previsto nella disciplina dettata per le SPA, l'esercizio dell'azione è rimessa al curatore, al commissario liquidatore ovvero al commissario straordinario, a seconda che si versi, rispettivamente, in un'ipotesi di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa ovvero di amministrazione straordinaria.

L'azione dei creditori sociali è esercitata direttamente contro la società *holding*. Essi dovranno perciò dimostrare l'incapienza del patrimonio del soddisfacimento delle loro ragioni, del patrimonio della società controllata, a causa dell'operato degli amministratori e dell'organo di controllo.

Come premesso però, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2497 il socio e il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, **solo se** non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

È quindi da ritenere che, nella volontà del legislatore, l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sia subordinata all'esercizio dell'azione da parte della società controllata.

### **2. Gli obblighi di pubblicità (art. 2497-bis)**

Tra i criteri direttivi che la legge delega richiamava nella parte dedicata ai gruppi, vi era un esplicito riferimento alla necessità di realizzare la trasparenza della struttura di gruppo. In attuazione di tale principio, il legislatore delegato introduce specifici obblighi di pubblicità in capo alla società soggetta ad altrui direzione e coordinamento (e, quindi, a carico degli amministratori della stessa), idonei a determinare una esteriorizzazione del rapporto di gruppo.

Il primo comma dell'art. 2497-bis prevede, infatti, in capo alla società controllata l'obbligo di indicare, negli atti e nella corrispondenza, la propria soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento. È inoltre stabilito, in capo agli amministratori della medesima società controllata, l'obbligo di denunciare, mediante iscrizione in un'apposita sezione del registro delle imprese, l'esistenza di tale soggezione (i rapporti che vanno pubblicizzati sono quelli individuati al Cap. 1 della presente circolare).

La disposizione in esame omette ogni utile specificazione in merito alle modalità di adempimento dei prescritti obblighi pubblicitari. Manca, in particolare, l'indicazione di un termine di riferimento per l'iscrizione e la previsione di una possibile iscrizione d'ufficio, in caso di inadempimento da parte degli amministratori. L'assenza di qualsivoglia indicazione di carattere procedurale lascia perciò presumere l'applicazione analogica della disciplina prevista in materia di iscrizione nel registro delle imprese.

Parimenti, nulla aggiunge la norma in merito alla richiesta indicazione della soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza.

Evidenti ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi inducono a ritenere che questa ulteriore forma di pubblicità debba essere adottata, contestualmente o immediatamente dopo l'iscrizione della dichiarazione nel registro delle imprese.

Il terzo comma dell'articolo in esame pone, come si è accennato, una responsabilità in capo agli amministratori che omettano l'indicazione di cui al primo comma ovvero l'iscrizione presso il registro delle imprese, o, prosegue la norma, qualora la mantengono nonostante sia cessato lo stato di soggezione. È evidente che il fondamento di tale responsabilità risieda nei danni arrecati ai terzi o agli stessi soci dalle omesse indicazioni.



# Unione mese

## Notiziario mensile

Accanto ai richiamati obblighi di pubblicità, il legislatore richiede, in sede di redazione del bilancio, ulteriori **obblighi di informazione periodica** circa l'appartenenza al gruppo.

Dispone infatti il quarto comma dell'art. 2497-*bis* che la società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che su di essa esercita attività di direzione e di coordinamento.

Il contenuto della norma riecheggia le previsioni di cui all'art. 2429 in materia di obblighi informativi del bilancio delle società controllate e collegate.

Il legislatore non specifica però il significato della locuzione "*dati essenziali*". Vista la forte somiglianza con le indicazioni di cui all'art. 2429 (in particolare del terzo comma), che fa riferimento al *prospetto riepilogativo dei dati essenziali del bilancio della controllante*, è da ritenere applicabile un richiamo alle previsioni di siffatta norma per riempire di contenuto le richieste del legislatore.

L'ultimo comma dell'art. 2497-*bis* introduce infine un nuovo regime di pubblicità per i rapporti societari infragruppo.

Si vuole infatti che gli amministratori della società controllata indichino nella relazione sulla gestione, i rapporti intercorsi con chi esercita attività di direzione e coordinamento con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

A differenza di quanto indicato nei commi precedenti, il legislatore non applica alcuna specifica sanzione, in caso di inadempimento di tali ulteriori obblighi informativi.

### 3. La motivazione delle decisioni (art. 2497-*ter*)

A completamento della disciplina della responsabilità prevista a carico delle società o enti che esercitano attività di direzione e coordinamento, l'articolo 2497-*ter* pone in capo alla società controllata un obbligo di motivazione delle decisioni assunte, se **influenzate** dalla società *holding*.

Tale disposizione nasce da una specifica previsione contenuta nella legge delega (art. 10, lett. b), che richiedeva la motivazione delle decisioni "*conseguenti ad una valutazione dell'interesse di gruppo*", in ragione di esigenze di trasparenza delle operazioni infragruppo.

La norma legittima così l'assunzione da parte dell'assemblea o, soprattutto, dell'organo amministrativo della società controllata delle decisioni deliberate dagli organi della controllante, anche quando dettate dall'obiettivo di conseguire interessi non della controllante, bensì corrispondenti al più generale interesse del gruppo. La nuova disciplina esige però che le decisioni delle società controllate **influenzate** dalla politica della controllante siano puntualmente  **motivate**, al fine di consentire una valutazione circa l'effettiva sussistenza di un interesse di gruppo.

Il prescritto obbligo di motivazione delle decisioni *influenzate* dalla *holding* consente, in primo luogo, di valutare la conformità dell'agire della controllante al criterio di corretta gestione societaria secondo un logica di gruppo. Dalla motivazione è inoltre possibile individuare se sussiste una forma di compensazione (i vantaggi compensativi di cui si è detto al § 1.3) che giustifichi l'accoglimento di tali decisioni da parte della controllata, anche se non immediatamente coincidenti con il proprio interesse individuale.



# Unione mese

## Notiziario mensile

Va subito chiarito che oggetto dell'obbligo di motivazione sono certamente le decisioni prese in sede di consiglio di amministrazione, trattandosi di decisioni attinenti alla gestione. Non è tuttavia da escludere che l'obbligo di motivazione possa estendersi anche a quelle decisioni assunte dall'assemblea, laddove queste ultime siano l'effetto di una posizione di soggezione dalla controllante.

### **4. Il diritto di recesso (art. 2497-*quater*)**

In considerazione delle precipue caratteristiche del gruppo di società, il legislatore detta specifiche ipotesi di recesso, in aggiunta a quelle ordinarie previste agli artt. 2437 e 2473 rispettivamente in materia di SPA e SRL.

La Relazione al decreto chiarisce che la previsione di una disciplina specifica del recesso risponde all'esigenza di offrire un'adeguata garanzia ai soci di una società controllata, in ragione di sopravvenute condizioni di rischio nella politica di gruppo ovvero di modifica delle condizioni originarie.

Al riguardo il legislatore distingue, all'art. 2497-*quater* tre ipotesi di recesso che ricorrono:

- quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale, consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento (lett. a);
- quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497. In questo caso il diritto di recesso può essere esercitato solo per l'intera partecipazione del socio (lett. b);
- all'inizio e alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto (lett. c).

Come ben si evince, le citate ipotesi attengono a situazioni in cui, il verificarsi di vicende all'interno della società capogruppo inevitabilmente si ripercuote sui soci della controllata, legittimati pertanto ad esercitare il loro diritto di *exit* dalla società.

Dalla lettura complessiva delle fattispecie che determinano il diritto di recesso, si osserva inoltre che il legislatore affianca ipotesi in cui non è richiesta alcuna dimostrazione di pregiudizio (è questo il caso previsto dal comma 1, lett. b), che consente l'esercizio del diritto di *exit*, qualora venga pronunciata sentenza di condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento) ad altre in cui il recesso è subordinato all'esistenza di un pregiudizio che, si ritiene, possa derivare dalla variazione dell'oggetto sociale della *holding* ovvero dall'ipotesi di entrata e uscita dal gruppo.

Nulla è detto, invece, in merito alle modalità di esercizio del diritto del recesso, rinviando, per quanto non disposto, alla disciplina generale di cui all'art. 2437 in quanto compatibile.

### **5. Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497-*quinques*)**

L'art. 2497-*quinques* riserva un particolare trattamento alle operazioni di finanziamento infragruppo. La norma, in verità, si limita a richiamare la disciplina dettata dall'articolo 2467, relativa ai finanziamenti dei soci in favore della società.

Il legislatore della riforma prevede, infatti, nella nuova disciplina della SRL, che i soci possono fornire alla società i capitali necessari per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, senza però imputare l'apporto a capitale.



# Unione mese

## Notiziario mensile

Questa forma di finanziamento, in favore della società, consente ai soci di concorrere, al pari degli altri creditori, nel riparto del patrimonio sociale.

Il legislatore però volutamente impedisce che prestiti o finanziamenti effettuati da parte dei soci si risolvano in un pregiudizio per i creditori sociali, che vedono ridotta la garanzia del capitale dalla pretese creditorie degli stessi soci finanziatori. Per tale ragione, nel caso di crisi di impresa, il socio che ha versato prestiti o finanziamenti deve essere postergato, rispetto agli altri creditori, se il prestito sia avvenuto quando la società:

- presentava un debito eccessivo rispetto al patrimonio netto;
- si trovava in una situazione finanziaria tale in cui sarebbe stato ragionevole effettuare un conferimento.

In presenza di queste condizioni, non solo la soddisfazione del socio è postergata a quella degli altri creditori, ma se la restituzione del prestito è avvenuta nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, può essere revocata.

Analoga disciplina opera nell'ambito dei gruppi di impresa, che, in forza del suddetto rinvio, conosce le seguenti previsioni:

- il rimborso dei finanziamenti erogati è postergato rispetto al soddisfacimento degli altri creditori, cioè è legittimo solo se residua ancora qualcosa, dopo che siano stati soddisfatti i creditori sociali;
- se la società finanziaria fallisce, il rimborso effettuato nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento potrà essere revocata, in deroga all'art. 67, co. 2, della legge fallimentare, che impone al curatore di provare la conoscenza dell'insolvenza da parte del creditore, operando, nel caso in esame, la presunzione assoluta che la società holding conosceva lo stato di insolvenza della controllata.

A ben vedere, la norma fa riferimento ai finanziamenti "*in qualsiasi forma effettuati*", lasciando così presumere che il richiamo non sia limitato ai soli prestiti infragruppo, ma si estenda anche alle fidejussioni.

Quanto alle differenze più significative rispetto alla richiamata previsione di cui all'art. 2467, va opportunamente precisato che, nel caso di specie, il riferimento prescinde dalla qualità di socio - come invece avviene nella SRL - estendendosi, invece, anche a finanziamenti provenienti da **chiunque** a condizione che vi sia esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, nei confronti della società beneficiaria del prestito.

In merito alla natura del prestito, la dottrina anteriore alla riforma chiariva che i prestiti concessi dai terzi possono essere equiparati a quelli concessi dai soci, in tutti quei casi in cui il terzo assuma la posizione di interposto o si trovi in un particolare rapporto con il socio. Nel caso in cui ricorrano indizi idonei a dimostrare l'anormalità del prestito, la postergazione o il divieto di restituzione per i prestiti indiretti non opereranno automaticamente, ma richiederanno la dimostrazione dell'interposizione o del particolare rapporto con il soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

## 6. Il gruppo paritetico

La riforma del diritto societario introduce una nuova disciplina dei gruppi di società cooperative (il c.d. gruppo paritetico).

Anteriormente alla riforma il nostro ordinamento conosceva solo marginalmente il fenomeno del gruppo cooperativo. In particolare, un riferimento a forme di aggregazione fra imprese cooperative si aveva nelle leggi speciali (artt. 27, 27-bis; 27-ter; 27-quinquies della c.d. Legge Basevi).



Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo

# Unione mese

## Notiziario mensile

La riforma non abroga queste norme, tanto che l'articolo 2520, co. 1, fa salve le disposizioni contenute in leggi speciali che regolano le cooperative. Al gruppo cooperativo la novella dedica però, in aggiunta, una specifica disposizione che delinea i tratti caratterizzanti di questa nuova tipologia di gruppo. Il nuovo articolo 2545-*septies* introduce quindi un nuovo modello di gruppo "paritetico", fondato sulla omogeneità dei soggetti partecipanti.

Considerate le particolarità di questa nuova figura, riteniamo più opportuno approfondirne le caratteristiche nella circolare, di prossima pubblicazione, dedicata specificamente alla nuova disciplina delle società cooperative.

Per informazioni: Servizio Fiscale – 035.275223/221/289/222/216