

Direzione e coordinamento di società tra presunzioni e responsabilità

Pierpaolo Galimi
dotto re commercialista

Il fenomeno dei gruppi societari costituiti da enti giuridicamente autonomi e assoggettati a una direzione e ad un coordinamento comuni. Gli aspetti informativi e di trasparenza legati a ipotesi di responsabilità in capo alla società controllante.

Quando si parla di gruppo di società viene in mente quel fenomeno, largamente diffuso nella società odierna, identificato nel legame di più enti societari giuridicamente autonomi, ma che nello stesso tempo sono collegati da un'unica entità imprenditoriale. Il legislatore nazionale, nel corso degli ultimi anni, non ha inteso dare una definizione unitaria di gruppo societario, ma ha cercato di descrivere particolari ipotesi riconducibili a tale fattispecie con diverse normative speciali, come per esempio il D.Lgs. n. 270/1999, in cui si fa espressamente riferimento alla nozione di «direzione comune» di imprese; ovvero con il D.Lgs. n. 385/1993 (Tub), dove già l'art. 61, comma 4, prevede l'ipotesi di direzione e coordinamento e, infine, gli artt. 11 e 12, D.Lgs. n. 58/1998 (Tuf) in materia di composizione e vigilanza sui gruppi.

In occasione della riforma societaria, la legge delega (n. 366/2001) indicava tra i principi generali di disciplinare i gruppi di società e, in particolare, di:

- coordinare il fenomeno del gruppo secondo il principio della trasparenza, in modo tale da assicurare che l'attività di direzione e di coor-

dinamento contemperasse adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;

- prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo fossero motivate;
- prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo;
- individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo ed, eventualmente, il diritto di recesso quando non sussistessero le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto⁽¹⁾.

Alla luce di quanto sopra, il legislatore in sede di riforma (D.Lgs. n. 6/2003) ha modificato l'intero capo IX titolo V del libro V del Codice civile, recante il titolo "Direzione e coordinamento di società", comprendente gli artt. da 2497 a 2497-*septies*, mantenendosi tuttavia ancora restio a dare una definizione univoca di gruppo e preferendo utilizzare la dizione di società o enti che "esercitano attività di direzione e coordinamento" per riferirsi a soggetti giuridici che di fatto nella realtà sono individuati come società o enti capogruppo o *holding*⁽²⁾.

(1) De Biase, «Sull'attività di direzione e coordinamento di società», in *Le Società* n. 7/2003, pag. 94.

(2) C. Ruggiero, «Responsabilità da direzione e coordinamento del socio tiranno per insolvenza della società del gruppo», in *Le Società* n. 5/2005, pag. 565.

Presunzioni di direzione e coordinamento di società

A norma dell'art. 2497-*sexies* cod. civ., si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., e nel contempo la norma seguente (art. 2497-*septies* cod. civ.) stabilisce che «le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-*sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

La riforma ha inteso introdurre una vera e propria presunzione relativa, *iuris tantum*, al fine di individuare società o enti che in concreto esercitano attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società. In tema di bilancio consolidato, gli artt. 25 e segg. D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127, nell'individuare i soggetti tenuti alla sua redazione, ripropongono sostanzialmente la nozione di controllo contenuta nell'art. 2359 cod. civ.⁽³⁾ Tuttavia, in quanto trattasi di presunzione relativa e non assoluta, il legislatore ha previsto l'ipotesi in cui le società o enti controllanti potranno liberarsi da tale suindicata presunzione evitando la conseguente responsabilità, fornendo la prova dell'inesistenza di una direzione unitaria, intendendo con tale termine quell'attività diretta a coordinare la politica economica e strategica di una società collegata, tale che il gruppo si configura di fatto come una sola e unica impresa⁽⁴⁾.

Trasparenza e informazione contabile nei gruppi

Già in passato si avvertiva l'esigenza di stabilire forme di pubblicità dell'appartenenza ad un

gruppo di società, al fine di consentire ai soci e ai terzi l'effettiva conoscenza dei rapporti di gruppo e, conseguentemente, di valutare i riflessi e gli effetti della suddetta appartenenza. Per quanto concerne il concetto di trasparenza in materia di gruppi, già il legislatore delegante aveva dettato principi chiari e diretti, che sono stati di fatto recepiti in sede di riforma prevedendo degli obblighi di informazione, in particolare di natura contabile, incombenti sia nei confronti delle società controllanti che di quelle controllate.

Sul punto si noti come l'art. 2497-*bis* cod. civ. imponga nei confronti della società controllata di indicare negli atti e nella corrispondenza la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta, nonché l'iscrizione presso un'apposita sezione del Registro delle imprese.

In caso di mancata iscrizione, il comma 3 della norma in commento prevede la responsabilità dell'amministratore negligente per il caso in cui egli, omettendo o eseguendo erroneamente la pubblicità richiesta dai primi due commi dell'art. 2497-*bis*, provochi un danno al socio o al terzo, in particolare nel caso in cui il socio o il terzo siano stati indotti dalla mancata conoscenza della soggezione della società ad attività di direzione e coordinamento, ovvero dall'errata individuazione del soggetto esercente l'attività suddetta ad adottare decisioni ad essi pregiudizievoli.

Per quanto riguarda l'informativa di natura strettamente contabile, i commi 4 e 5 dell'articolo in commento prevedono l'onere in capo agli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento di esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento,

(3) Ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., si ha controllo quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società oppure quando dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria e, infine, quando esercita influenza dominante su di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

(4) Fava, «I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria», in *Le Società* n. 9/2003, pag. 1198.

nonché di indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e 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. Particolare attenzione è stata attribuita alla nota integrativa (art. 2427, comma 1, n. 5, cod. civ.), in cui è fatto obbligo di indicare l'elenco delle partecipazioni, possedute direttamente o per tramite di società fiduciaria o per interposta persona, in imprese controllate e collegate, indicando per ciascuna la denominazione, la sede, il capitale, l'importo del patrimonio netto, l'utile o la perdita dell'ultimo esercizio, la quota posseduta e il valore attribuito in bilancio o il corrispondente credito.

Poiché l'informazione richiesta è di sintesi, essa non può che vertere sui dati più significativi per il lettore di bilancio e dunque, sui principali totali degli schemi di bilancio.

I dati che presumibilmente sono da riportare nel caso di una società di capitali sono i totali delle voci indicate con lettere maiuscole dello stato patrimoniale e del conto economico.

A tal proposito l'Organismo italiano di contabilità, con l'emanazione del documento n. 1 (par. 10) ha precisato che in riferimento ai "dati essenziali" suindicati, è sufficiente indicare i valori aggregati di bilancio, identificati nelle "lettere maiuscole" dello stato patrimoniale e del conto economico (a mero titolo esemplificativo: *B*) - Immobilizzazioni; *D*) - Debiti; *A*) - Valore della produzione)⁽⁵⁾.

Gli ulteriori obblighi per gli amministratori

Ciò nonostante, l'art. 2497-ter cod. civ. prevede un ulteriore onere di natura contabile in capo agli amministratori, di natura strettamente relazionale: si dispone che essi devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e 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. In questo modo viene consentito al lettore di bilancio di valutare nel complesso l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e la rispondenza di tale esercizio all'interesse della società.

Nella relazione sulla gestione gli amministratori sono tenuti a indicare i rapporti intercorsi sia con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, sia con le altre società che vi sono soggette. In tale motivazione devono essere indicate in modo puntuale le ragioni e gli interessi la cui valutazione ha influenzato o determinato la decisione stessa; di conseguenza, compito degli amministratori è di esplicitare i processi decisionali che li hanno indotti ad uniformarsi alla direttiva ricevuta, indicando quale sia l'interesse per la società. Si ritiene che tale motivazione debba essere il più possibile completa e contenere l'indicazione analitica delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione.

Tuttavia, nel caso in cui la società sottoposta a direzione e coordinamento abbia i requisiti per poter redigere il bilancio in forma abbreviata (art. 2435-bis cod. civ.), quindi sussista la possibilità per l'organo amministrativo di omettere la predisposizione della relazione sulla gestione, le informazioni da inserire in tale documento verranno trasferite *in toto* nella nota integrativa, in aggiunta a quanto già richiesto dall'art. 2497-bis cod. civ.

I soggetti responsabili nei confronti dei creditori e soci della controllata

Le previsioni dell'art. 2497 cod. civ. e segg., nella loro strutturazione, sono impiegate sul problema della responsabilità della società o ente che eserciti l'attività di direzione e coordinamento per il danno che tale attività, se non correttamente esercitata, può recare agli interessi dei soci e dei creditori delle singole socie-

(5) E. Zanetti, «La nuova disciplina delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento», in *Il fisco n. 44/2004*, pag. 7444.

tà appartenenti al gruppo. L'art. 2497, infatti, stabilisce che «le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili 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 della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette». La formulazione della norma presenta tuttavia una differenza rispetto allo schema sottoposto al parere del Parlamento, che in generale attribuiva la responsabilità in questione a «chi, a qualunque titolo, esercitasse l'attività di direzione e coordinamento».

Si pone dunque il problema di verificare se, a seguito di questa diversa formulazione, non sia più possibile applicare la disciplina in esame anche nel caso in cui il controllo venga esercitato da una persona fisica. Come si nota, l'articolo in questione utilizza come nozione di soggetti responsabili «le società o enti» che esercitano l'attività di direzione e coordinamento, identificando in tale dizione una società di capitali, una società di persone o un qualsiasi altro ente, associazione, fondazione o ente pubblico. Il decreto correttivo della riforma societaria (D.Lgs. n. 37/2004), apportando le suddette modifiche, ha lasciato il dubbio se l'ulteriore intervento del legislatore, che ha inteso specificare il riferimento a società ed enti, abbia significato una presa di posizione in merito all'esclusione dell'applicabilità della disciplina sui gruppi quando *holding* sia una persona fisica. Tale perplessità è stata in parte risolta dal momento che la stessa norma non esclude un'eventuale responsabilità solidale delle persone fisiche nel punto in cui si prevede che

«risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio».

Restando in tema di soggetti responsabili, non si dimentichi il principio generale espresso nell'art. 2364, n. 5, secondo cui in nessun caso gli amministratori di società di capitali sono sollevati da responsabilità nei confronti dei soci o creditori sociali che sostengono di aver semplicemente eseguito ordini o direttive dell'assemblea. Di conseguenza, in caso di direttive illecite impartite dalla capogruppo, è evidente che gli amministratori della società controllata non possono sottrarsi alle proprie responsabilità, imputando ad altri la paternità della gestione⁽⁶⁾.

Natura e presupposti della responsabilità

In tema di responsabilità è pacifico ritenere che i presupposti di essa in capo alla società controllante siano l'illiceità della condotta e l'esistenza del danno nei confronti dei soci e dei creditori.

Per quanto riguarda l'illiceità della condotta, quest'ultima si realizza in azioni e/o direttive a carattere gestorio che violino i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, che si potrebbero a grandi linee configurare nella superficiale valutazione dei rischi connessi ad una determinata azione societaria, ma nel contempo individuare, per ciascuna operazione, rispetto all'equilibrio tra gli interessi delle controllate e della capogruppo.

È necessario rilevare che, quando lo stesso art. 2497-*bis* richiama la responsabilità della controllante verso i soci e i creditori della controllata, non fa alcun accenno alle responsabilità gravanti sulla stessa controllata.

Tale omissione è spiegata almeno in parte dal fatto che di regola la società controllata, proprio perché sottoposta alla direzione

(6) R. Rordorf, «I gruppi nella recente riforma del diritto societario», in *Le Società* n. 5/2004, pag. 541.

ne e coordinamento di altra società, agirebbe, di fatto, contro sé stessa.

La *ratio* della norma comunque è stata quella di tutelare potenziali soggetti che potrebbero subire danni reali derivanti da una scorretta gestione societaria, quali azionisti di minoranza e creditori della controllata. Di fatto, viene attribuita alla società controllante la diligenza professionale propria di ogni organo amministrativo, espressione dei generali principi generali di professionalità, correttezza e buona fede dettati dagli artt. 1175, 1176 e 1375 cod. civ. Di conseguenza, l'eventuale inottemperanza di tali principi esporrà la società capogruppo ad azione di responsabilità da parte dei soci e dei creditori sociali della società controllata, per i danni loro arrecati dal loro comportamento negligente. In merito alla natura di tale responsabilità, se contrattuale o extracontrattuale, è stata la stessa relazione ministeriale a corredo della riforma ad identificare la natura della responsabilità in questione di tipo extracontrattuale⁽⁷⁾, equiparandola al dettato normativo di cui all'art. 2395 cod. civ., in tema di azione di responsabilità verso gli amministratori.

Per quanto concerne il relativo termine prescrizione dell'eventuale azione di responsabilità, non c'è dubbio che quest'ultimo coincida con la generale previsione dell'art. 2949, primo comma, vale a dire cinque anni, a partire dal momento in cui si è verificato l'evento lesivo che genera il diritto al risarcimento⁽⁸⁾.

Il danno risarcibile

In materia di azione di responsabilità, ogni qual volta il diritto sostanziale conceda a un determinato soggetto la legittimazione ad agire nei confronti di un altro soggetto, è necessario

che si sia verificato un danno; nel nostro caso, tale danno deve configurarsi quale diretta conseguenza dell'attività di direzione e coordinamento svolta da una società capogruppo in violazione dei principi di corretta gestione. In pratica, l'obiettivo che la normativa in commento intende perseguire si identifica nella tutela dei principi di continuità dell'impresa sociale, sia in termini di redditività e valorizzazione della partecipazione sociale per i soci, sia di integrità del patrimonio della società per i creditori sociali.

Di conseguenza, l'elemento soggettivo di tale fattispecie "dannosa" non può che identificarsi secondo il disposto dell'art. 2043 cod. civ., vale a dire nella colpa e nel dolo.

Per quanto concerne il socio, le fattispecie giuridiche protette dall'art. 2497-*bis* cod. civ. sono: il diritto alla remunerazione del suo investimento e la sua legittima aspettativa alla redditività della acquistata partecipazione sociale, vale a dire lesione del valore reale della partecipazione, quale conseguenza di una diminuzione del valore del patrimonio netto⁽⁹⁾.

La responsabilità nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale comporta in capo alla società controllante il dovere di non perseguire politiche di gruppo che impediscano la remunerazione del capitale della controllata e che deprezzino il valore di scambio delle partecipazioni al suo capitale sociale, ovvero la sua legittima aspettativa a realizzare, ove decida di venderla, un adeguato controvalore in danaro.

Per quanto riguarda i creditori sociali, occorre sottolineare che non grava su di essi l'onere di

(7) Ciò nonostante, resta il dubbio, in riferimento ai principi enunciati di corretta gestione societaria e imprenditoriale, se la relativa violazione configurerebbe una responsabilità di tipo contrattuale. Ci si chiede tuttavia, se sia configurabile un'azione risarcitoria, eventualmente concorrente con quella del socio o del creditore, promossa dalla stessa società soggetta ad altrui direzione e coordinamento nei confronti dell'ente che esercita la direzione e il coordinamento.

(8) A. Pavone La Rosa, «La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario», in Riv. Soc. n. 4/2002, pag. 793.

(9) G. Bersani, «I rapporti infragruppo fra soluzioni giurisprudenziali e nuove norme societarie», in Il fisco n. 4/2004, 5002.

provare detta insufficienza del patrimonio sociale, bastando invece che si dimostri di avere preventivamente richiesto il pagamento del proprio credito alla società debitrice e di non averlo conseguito (art. 2497, comma 3); cosicché a quest'ultimo sarà riconosciuto il diritto ad ottenere il risarcimento del danno determinato alla diminuzione della garanzia del suo credito rappresentata dal patrimonio della società controllata.

L'allargamento della responsabilità ad altri soggetti

La norma in commento, al comma 2, sembrerebbe allargare ad altri soggetti responsabilità che sono proprie della società capogruppo, disponendo che «risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio». In tale ipotesi, non si potrà configurare una responsabilità di tipo risarcitoria, ma di tipo indennitaria, da ricondurre nell'ambito dell'art. 2041 cod. civ., circoscritta al solo vantaggio conseguito.

Il legislatore, estendendo l'ambito d'applicazione della norma, sembra alludere ad ogni altro soggetto, sia persona fisica che giuridica, che abbia in qualunque modo tratto vantaggio dall'abuso di direzione e coordinamento, secondo la normale regola dell'arricchimento senza causa. La norma in esame precisa che la responsabilità della controllante non sussiste nel caso in cui il danno risulti mancante, alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Il legislatore in pratica ha compreso in tale ipotesi la c.d. teoria dei vantaggi compensativi, secondo cui per verificare la sussistenza del danno deve guardarsi al «risultato complessivo dell'attività della controllante», ovvero ai vantaggi, anche mediati e indiretti, che

derivano dall'appartenenza al gruppo, «e non al danno risultante da un atto isolatamente considerato».

Tali vantaggi possano configurarsi sia come benefici indiretti, prodotti dal medesimo atto pregiudizievole, sia in benefici derivanti dal compimento anche di un diverso atto posto in essere in favore della controllata in esecuzione della strategia di gruppo⁽¹⁰⁾. Ciò comporta che se, da un lato, la società che esercita attività e coordinamento, nelle proprie scelte strategiche e imprenditoriali, dovrà valutare gli interessi di tutte le società coinvolte nell'operazione, evitando di creare danni anche a carico di una sola di esse; dall'altro, sarà lo stesso organo giudicante a valutare la potenzialità dannosa dell'attività della società controllante.

A tal punto si rileva che lo stesso legislatore concede una prova liberatoria, prevedendo che non vi è responsabilità della capogruppo quando quest'ultima dia la prova che il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo, ovvero quando il danno stesso sia eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette (art. 2497, comma 1).

Vengono previste due ipotesi in cui la legittimazione all'azione di responsabilità viene meno, in particolare quando il socio o il creditore sociale siano stati soddisfatti dalla società controllata, ovvero quando il danno sia stato «integralmente eliminato».

In merito all'onere della prova, la stessa Cassazione ha statuito con recente pronuncia che incombe su chi agisce per far valere la responsabilità degli amministratori, così come della capogruppo, dimostrare il pregiudizio arrecato alla società diretta e coordinata in conseguenza dell'inadempimento dei doveri loro imposti, mentre spetta agli amministratori e alla società convenuti dimostrare eventualmente che tale pregiudizio è stato compensato dai vantaggi che alla società siano derivati dall'appartenenza al gruppo⁽¹¹⁾. ■■■

(10) Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in Riv. Dir. comm., 1996, II, pag. 341.

(11) Cass., Sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707, in Mass. Giur. It., pag. 2004.