

Convegno
LE HOLDING INDUSTRIALI
Mercoledì 26 giugno 2019

“DIREZIONE E COORDINAMENTO” (art. 2497 – 2497 *septies* c.c.)

1. INTRODUZIONE: LE HOLDING

Come tutti sappiamo, ‘ *Holding* ’ significa che tiene, che detiene, nel senso di possedere/detenerne partecipazioni o comunque interessi e potere di ingerenza in altre imprese o società.

Nel linguaggio comune, *Holding* designa una società, capogruppo o madre, che detiene una parte o la totalità del capitale di altre imprese (che possono operare in settori economici affatto diversi tra loro, oppure in sinergia in senso lato, oppure in filiera produttiva o commerciale), al fine di controllarne o coordinarne la gestione finanziaria, industriale e commerciale.

Il fenomeno delle *Holding* richiama inevitabilmente i gruppi multinazionali, che vedono il moltiplicarsi di partecipazione dirette, indirette e incrociate, viene spesso associato a elemento di minaccia ai principi della libera concorrenza e della trasparenza nei rapporti societari e d’impresa.

È certo però che le *Holding* o Gruppi di società, in economie complesse, sofisticate e globali come quelle attuali, rappresentano lo strumento moderno ed efficace di coordinamento tra imprese e di razionalizzazione delle loro attività, in una visione e gestione unitaria degli interessi economici sottostanti.

Il fenomeno risponde a varie esigenze: la ripartizione del rischio di impresa; le economie di scala; le sinergie organizzative ed operative; l’approccio unitario alle fonti di finanziamento ed altro ancora.

Il principio di diritto, generale e fondamentale, è che **ciascuna società**, anche se fa parte di un gruppo, **ha autonomia economica e patrimoniale e risponde con tutti i suoi beni**

presenti e futuri, quindi con tutto il suo patrimonio (**art. 2740 c.c.**), delle obbligazioni contratte, **quale entità giuridicamente a sé stante**. Questo anche se fa parte, in quanto partecipata, controllata o comunque etero diretta secondo le varie declinazioni, di un gruppo di società.

Il nostro ordinamento, come quello di altri paesi, riconosce il fenomeno delle *Holding*, variamente declinate, come meritevole di tutela e lo disciplina in vario modo mirando essenzialmente a tutelare che l'integrazione proprietaria tra le varie società del gruppo non si traduca in una commistione di interessi e in una contaminazione tra i rischi di impresa contrari ai principi dell'autonomia giuridica, patrimoniale ed operativa di ciascuna società, e tale da pregiudicare o i creditori di ciascuna società o i soci di queste, in particolare quelli di minoranza.

Solo per comodità di comprensione ed esposizione, userò, in senso atecnico, le parole *controllante, capogruppo, dominante, dirigente*, per indicare la società od ente che esercita la direzione e coordinamento, le parole *controllata, eterodiretta, diretta, dominata* per indicare la società od ente soggetta a direzione e coordinamento.

2. DIREZIONE E COORDINAMENTO – PRESUNZIONE IN PRESENZA DI CONTROLLO – DISTINZIONE

2.1 La disciplina sulla direzione e il coordinamento di società si rinviene negli articoli **da 2497 a 2497 septies del Codice Civile**, ed è stata adottata nel 2003 con la riforma del Diritto Societario (d. lgs. 17.1.2003 n. 6).

Questa disciplina sulla direzione e coordinamento si distingue dalle norme sul **controllo societario**, definito in particolare ma non solo dall'**art. 2359 del codice civile**, di cui parlerà più specificamente l'Avv. De Rosa. Le due normative sono strettamente collegate e interferenti tra loro, ma anche distinte ancorché in un certo senso sovrapposte.

Può esserci direzione e coordinamento anche se non c'è un controllo giuridico (tipicamente inteso quando la controllante dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata ai sensi del 2359 n. 1 c.c.) o può esserci

astrattamente controllo senza direzione e coordinamento. Questo perché la direzione e il coordinamento non è una situazione di astratta preminenza – soggezione ma una situazione di fatto, a carattere continuativo, caratterizzata dalla sua effettività, di ingerenza, di influenza e di direzione, mentre, quantomeno a livello teorico, ci può essere una situazione di controllo giuridicamente rilevante e definita, di una società nei confronti di un'altra, senza che vi sia una situazione reale di direzione e coordinamento della controllante nei confronti della controllata. In sostanza il controllo può non dar luogo a direzione e coordinamento quando non risultino di fatto gestite unitariamente almeno alcune funzioni aziendali primarie, idonee ad influenzare le scelte gestionali della controllata.

La correlazione tra le due discipline è normata dall'art. 2497 *sexies* del Codice Civile che **delinea una presunzione**: la disciplina prevista per la direzione e coordinamento nell'art. 2497 e seguenti, trova applicazione **per via presuntiva** in presenza di una società o di un ente tenuto al consolidamento dei bilanci di altra o di altre società o che comunque di queste ne abbia il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. Si tratta di una presunzione relativa, che può essere vinta da prova contraria, che dovrà consistere nell'escludere una effettiva e continuativa attività di direzione e coordinamento, perché quest'ultima, nonostante il controllo, **resta a livello potenziale e non effettivo**. E' una prova contraria difficile in quanto si tratta di dar prova di un fatto negativo, e dovrà, in presenza del controllo, essere fornita dalla controllante o dalla controllata mentre chi agisce per farne valere la responsabilità deve provare solo il controllo o l'obbligo del consolidamento usufruendo della presunzione.

2.2 In cosa consiste l'attività di direzione e coordinamento?

Direzione: esercizio di una pluralità sistematica costante di atti di indirizzo idonei a incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa.

Coordinamento: realizzazione di un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva.

Mentre nell'amministrazione di fatto della società controllata vi è un compimento diretto di atti di gestione rilevanti verso i terzi, nel caso di direzione e coordinamento la società

che esercita influenza, determina le scelte gestorie operate dagli amministratori della società diretta, scelte che si tradurranno in atti compiuti dagli stessi amministratori rilevanti verso i terzi, in esecuzione delle direttive.

L'attività di direzione e coordinamento è pertanto un'attività atipica, che può assumere forma orale o scritta e modalità più svariate, avente come soggetto attivo l'ente dirigente e come destinatari gli amministratori della società diretta.

Di norma, si ha direzione e coordinamento quando vi è la pianificazione dell'attività e delle principali scelte imprenditoriali riguardanti le società verso cui si esercita la direzione (scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale) in funzione di una gestione unitaria dei relativi interessi.

Ne possono costituire **indizi rivelatori**: l'accentramento della tesoreria o di altre funzioni di gestione o assistenza finanziaria in capo alla controllante; la formulazione di budget o piani industriali; la pianificazione di garanzie infragruppo; l'esistenza di direttive dalla capogruppo alla controllata che poi si attiene alla loro osservanza; la ripetuta osservanza dell'obbligo di motivazione delle decisioni della società eterodiretta ex art. 2497 *ter* cod. civ. (di cui in seguito); l'utilizzo nella corrispondenza e negli atti tra le società dei termini 'capogruppo'; la presenza degli interlocking directorates (o direzione interbloccata, e cioè la presenza di amministratori comuni tra controllante e controllata, che siedono nei CdA dell'una e dell'altra); la presenza di dirigenti della società controllante nei vertici delle società dipendenti, ove le pattuizioni di retribuzione e manleva intercorrono tra i manager e la datrice di lavoro capogruppo; ecc.

Gli effetti principali che derivano dall'esistenza di attività di direzione e coordinamento, in estrema sintesi, possono così individuarsi:

- (i) la responsabilità (art. 2497 c.c.) verso soci e creditori della controllata da abuso di direzione e coordinamento: questa si verifica allorché la società che esercita la direzione e coordinamento, agendo per un interesse proprio o altrui, viola i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società sottoposte alla direzione e coordinamento, commette un abuso, un atto antigiuridico, e assume responsabilità verso i soci della eterodiretta, qualora sia prodotto **un danno** per

- diminuzione della redditività o del valore della partecipazione sociale ovvero **verso i creditori sociali** per la lesione dell'integrità del patrimonio della controllata (salva l'esimente da responsabilità se il danno viene meno per c.d. interessi compensativi di gruppo, ovvero quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento o per effetto di singole operazioni compiute a tale scopo); l'art. 2497 c.c. configura un'azione speciale, che legittima il socio ad agire per danni indiretti nei confronti della controllante, e mira a rendere effettiva la tutela del socio che altrimenti sarebbe affidata solo all'iniziativa della controllata;
- (ii) gli obblighi di pubblicità esterna di cui all'art. 2497 bis c.c. e di informazione interna di cui all'art. 2497 bis c.c.: la società sottoposta all'attività di direzione e coordinamento deve rendere pubblica la propria soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento: (i) indicando negli atti e nella corrispondenza la società che esercita la direzione e il coordinamento; (ii) mediante l'iscrizione, a cura degli amministratori, presso la apposita sezione del registro delle imprese della società che esercita la direzione e il coordinamento e di quella che vi è soggetta (oltre agli ulteriori adempimenti previsti a carico degli amministratori della controllata in sede di bilancio, tanto nella **nota integrativa** (art. 2427 c.c.) – in apposita sezione occorre riportare un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società che esercita direzione e coordinamento – quanto nella **relazione sulla gestione** (art. 2428 c.c.), ove occorre indicare i rapporti intercorsi con la società che esercita la direzione e coordinamento e con altre società ad essa soggette, nonché l'effetto che tali attività hanno avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati);
- (iii) l'obbligo di motivazione delle decisioni di cui all'art. 2497 ter cod. civ.: *'le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da queste influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazioni delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione'*. L'influenza si verifica quando una delibera assembleare o un atto

dell'organo gestorio trovi motivazione e giustificazione nella politica infragruppo ovvero quando la decisione della società sia funzionale all'attività di direzione e coordinamento e venga assunta in sua attuazione;

- (iv) la previsione di cui all'art. 2497 *quinquies* c.c.: ai finanziamenti a favore della società sottoposta a direzione e coordinamento si applica la disciplina della **postergazione** di cui all'art. 2467 c.c., sussistendone le condizioni (esistenza all'atto del finanziamento di eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto o di una situazione finanziaria della società finanziata nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento).

3. OBBLIGHI DI PUBBLICITÀ E DI INFORMAZIONE

Le norme sulla pubblicità hanno lo scopo di garantire la massima trasparenza e informazione in ordine all'esistenza del gruppo e della etero direzione alle operazioni poste in essere nell'ambito del gruppo e alle motivazioni sottese all'assunzione di determinate decisioni adottate sotto l'influenza della capogruppo, nonché in ordine agli effetti derivanti dal compimento di queste.

Gli amministratori che non provvedano agli obblighi di pubblicità negli atti o nella corrispondenza e nel Registro delle Imprese, ovvero non diano conto tempestivamente con le stesse modalità della cessazione della soggezione alla direzione e coordinamento, **sono responsabili dei danni derivati ai terzi dalla mancata conoscenza di tali fatti.**

Gli stessi, mancando di effettuare la pubblicità prescritta, violano un obbligo di legge e sono responsabili per l'omissione.

Oltre alla pubblicità, di natura dichiarativa, nell'apposita sezione del Registro delle Imprese, che deve avvenire nel più breve tempo a cura degli amministratori della società etero diretta (ma secondo alcuni anche a cura della controllante), vi sono tre precisi obblighi di informazione a tutela della trasparenza: (i) l'obbligo degli amministratori della controllata di esporre, in **apposita sezione della nota integrativa**, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società che dirige e esercita su di essa la direzione e il coordinamento (**2497, quarto e penultimo comma, c.c.**); (ii)

l'obbligo per gli amministratori della controllata di indicare nella **relazione sulla gestione** i rapporti intercorsi (ad es. rapporti commerciali per scambio di beni e servizi, rapporti finanziari, cioè finanziamenti ottenuti e concessi, garanzie e impegni), nonché **l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati** (crediti, debiti, costi, ricavi, garanzie e impegni: art. 2497, quarto e ultimo comma, c.c., ivi eventuali vantaggi compensativi); *(iii)* l'obbligo di motivazione analitica delle decisioni influenzate dalla controllante con la puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione, accompagnata dall'obbligo di darne adeguato conto nella relazione sulla gestione di cui all'art. 2428 c.c. (art. 2497 *ter*, Motivazione delle decisioni).

L'obbligo riguarda tanto le deliberazioni dell'organo amministrativo quanto quelle dell'assemblea dei soci, ed è funzionale a valutare le caratteristiche delle operazioni deliberate in relazione alla fattispecie di responsabilità da abuso di cui all'art. 2497 c.c. Mira insomma a consentire ai terzi di verificare se siano stati, e come, valutati vantaggi, svantaggi e rischi della decisione.

4. ART. 2497 C.C.: I PRESUPPOSTI DELL'AZIONE DIRETTA DEL SOCIO E DEL CREDITORE PER L'ABUSO DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

L'aver normato questa attività di direzione e di coordinamento sta a significare che **l'ordinamento la considera innanzitutto lecita e meritevole di tutela, ma nel contempo fissa dei paletti ispirati a principi di corretta amministrazione, di trasparenza, di salvaguardia dei diritti dei soci e delle posizioni dei creditori**, giacché questi ultimi di norma possono far affidamento solo sul patrimonio della società con cui hanno il rapporto giuridico obbligatorio. Questa liceità dell'attività di direzione e di coordinamento è riconosciuta nonostante che in linea generale la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori (art. 2380 bis c.c.) ma qui il legislatore prende atto che la capogruppo è in grado di esercitare un'attività di direzione e coordinamento che può riguardare anche atti di gestione.

Quali sono i **paletti** posti all'attività di direzione e di coordinamento?

La norma prevede la responsabilità diretta della società o ente che esercita la direzione dell'attività verso i soci e i creditori della dominata e riconosce a questi un'azione diretta verso la controllante. Trattasi di azione risarcitoria, che non investe la validità degli atti o delle condotte abusive e non è in grado di vanificarne gli effetti già prodotti.

Qualora la società che eserciti la direzione e coordinamento agisca per un interesse economico o imprenditoriale proprio e altrui ma in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, vi è una responsabilità diretta della società che esercita la direzione nei confronti tanto dei soci della società eterodiretta per lesione della redditività e del valore della loro partecipazione, quanto nei confronti dei creditori sociali per la lesione dell'integrità del patrimonio della società. In sostanza **si ammette l'azione in responsabilità verso un soggetto terzo**, giacché sia il socio che il creditore non hanno alcun rapporto giuridico con la controllante.

I presupposti di questa responsabilità e di questa azione sono: (*i*) che sia stata posta in essere un'attività di direzione e coordinamento; (*ii*) che la società capogruppo abbia agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui e che in funzione di questo interesse, esterno alla società diretta, abbia violato i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale dell'impresa diretta; (*iii*) che questa azione abbia cagionato un pregiudizio che vede due soggetti passivi: soci e creditori della controllata, per i primi lesione alla redditività e al valore della loro partecipazione, mentre i secondi vedono lesa l'integrità del patrimonio sociale.

5. LA PROVA DELL'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

Al di fuori dei casi della presunzione ex art. 2497 *sexies* e della pubblicità dichiarativa degli amministratori della eterodiretta, la prova deve essere fornita da chi agisce anche attraverso indizi gravi, precisi e concordanti nell'influenza gestoria della dirigente, attraverso un disegno unitario di gruppo, tale per cui l'atto dannoso determina un vantaggio per l'ente dirigente che non è sorretto da giustificazione economica razionale. L'onere della prova circa l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento, spetta a chi fa valere la responsabilità da abuso ma è **agevolato dall'obbligo di pubblicità di cui**

all'art. 2497 bis: in presenza di questa pubblicità dichiarativa (atti e corrispondenza, registro delle imprese), l'onere della prova viene meno.

Diversamente l'attore dovrà far valere e valorizzare in termini di prova gli elementi indizianti dell'esistenza di una situazione effettiva, continuativa, di soggezione dell'attività di direzione e coordinamento.

6. L'ABUSO E IL DANNO

Provata l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento, resta necessaria la prova dell'abuso, ossia della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della eterodiretta, e qui naturalmente si naviga in uno spazio difficile da definire esattamente a priori, perché implica una valutazione di merito fatta a posteriori ma riferita al momento *ex ante* in cui le decisioni influenzate sono state prese e l'operazione o le operazioni sono state compiute. Certamente perseguimento di interessi estranei alla controllata, errata o mancata informazione attiva o passiva, conflitto di interessi, negligenza, imprudenza, ecc., sono elementi che andranno in evidenza nel delineare la violazione di corretti principi di gestione societaria e imprenditoriale.

Sul danno, che costituisce il presupposto dell'azione verso la controllante e il cui onere della prova è a carico di chi agisce, l'art. 2497 c.c., primo comma, seconda parte, prevede una **specifica esimente da responsabilità**: se il danno risulta mancante all'esito di un risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento o sia stato integralmente eliminato, dalla stessa società che esercita l'attività, all'esito di specifiche operazioni a ciò dirette, la responsabilità viene meno nonostante l'antigiuridicità della condotta in sé considerata.

Non ci si ferma quindi alla singola operazione ma si guarda all'intera attività esercitata e ai molteplici rapporti in essere nel gruppo, e ai possibili vantaggi che una società può trarre dall'appartenenza al gruppo o da altre operazioni in grado di assicurare il **vantaggio compensativo ed eliminare il precedente pregiudizio**.

Anche qui parliamo di aspetti da valutare caso per caso, per i quali è difficile fissare dei principi generali, visto che i vantaggi dell'operato complessivo possono essere futuri

oppure essere incerti, oppure di tipo strategico, condizionati al verificarsi di certi presupposti, ed invece è necessario avere certezza **che il danno sia *mancante o integralmente eliminato***.

Naturalmente qui l'onere della prova, cioè l'eccezione del vantaggio compensativo, spetta al convenuto cioè al soggetto che viene chiamato a rispondere di abusiva attività di direzione e coordinamento, sempreché il dato non risulti già chiaro da atti societari quali la relazione annuale sulla gestione e sui suoi effetti in termini di risultati d'esercizio, il che potrebbe invertire l'onere della prova.

Anche qui c'è però una sorta di **condizione di procedibilità** (art. 2497, terzo comma, c.c.): l'azione è ammessa solamente se i soggetti danneggiati, soci o creditori, non siano già stati soddisfatti dalla società eterodiretta, dalla cui attività hanno subito danno.

Mentre per il creditore sociale questa norma ha un significato pratico (egli aveva diritto di essere pagato appunto dalla controllata), per il socio è difficile ravvisare come egli possa agire nei confronti della società cui partecipa, per trovare soddisfazione da un pregiudizio arrecato da un'altra società.

Si è osservato che la riparazione del danno da parte della eterodiretta nei confronti di soci di minoranza o di soci esterni al gruppo aggiungerebbe un danno al socio per il depauperamento del patrimonio sociale e quindi del valore stesso della sua partecipazione. Il ristoro da parte della eterodiretta nei confronti del socio danneggiato potrebbe avvenire a seguito di un finanziamento o messa a disposizione, dalla controllante responsabile alla eterodiretta danneggiata, di risorse necessarie e sufficienti per soddisfare i soci pregiudicati, liberando da responsabilità la controllante.

Secondo giurisprudenza prevalente, non è però richiesta la preventiva escussione della controllata da parte dei soci o creditori danneggiati: c'è chi ritiene necessaria la messa in mora o la citazione congiunta della capogruppo e della società eterodiretta, c'è chi non la ritiene necessaria.

Secondo la Cassazione 5.12.2017 n. 29139, *'non esiste una responsabilità solidale della eterodiretta con la capogruppo verso il socio ma solo la previsione di un fatto preclusivo dell'azione verso la dominante, e cioè la riparazione del danno da parte della controllata'*.

Non quindi una condizione di procedibilità dell'azione risarcitoria dei soci e dei creditori della eterodiretta, né un rapporto di solidarietà tra dominante e dominata, ma un'ipotesi alternativa di estinzione del debito risarcitorio e quindi del diritto di azione. In altri termini, è dato alla eterodiretta partecipata dal socio danneggiato la possibilità di assolvere essa l'obbligo risarcitorio gravante sulla dominante.

La norma stabilisce che la dominante è direttamente responsabile non già nei confronti della medesima eterodiretta bensì dei soci e dei creditori di quest'ultima, pur essendo pacifico che il danno al socio (per redditività e valore della partecipazione) e il danno al creditore (per lesione dell'integrità del patrimonio sociale) costituiscono danni cd. indiretti o riflessi, perché in realtà si riferiscono a un danno direttamente patito dalla società eterodiretta.

L'azione dei creditori sociali ha lo stesso fondamento di quella nei confronti degli amministratori (art. 2394 c.c.) e presuppone in un certo senso l'incapienza del patrimonio della dominata debitrice (in analogia dell'azione dei creditori sociali contro gli amministratori ex art. 2394 comma 2). Quanto ai soci invece la norma rappresenta una eccezione al principio di non risarcibilità dei danni riflessi subiti dal socio in conseguenza del danno direttamente subito dalla società cui partecipa. Dubbio è se sia possibile una legittimazione all'azione risarcitoria della società dominata, che ha direttamente subito il danno, nei confronti della dominante.

Si è discusso infine se la responsabilità per abuso di direzione e coordinamento è di natura contrattuale o extra contrattuale, con i riflessi sull'onere della prova e i tempi di prescrizione, senza però giungere a conclusioni univoche e condivise.

7. I SOGGETTI PASSIVI DELL'AZIONE

Il **soggetto passivo dell'azione di responsabilità** da parte del socio o del creditore, è **la controllante**, che ha commesso l'abuso, ma in possibile litisconsorzio passivo con i soggetti **che hanno agito in concorso** con questa e cioè **abbiano preso parte al fatto lesivo** (si potrebbe trattare di amministratori, sindaci o altri soggetti), o **che ne hanno tratto**

beneficio consapevolmente, questi ultimi però nei limiti del vantaggio conseguito. Tutti costoro, sussistendone i presupposti, **rispondono in solido con la controllante**.

Quanto al concorso nel compiere il fatto lesivo, la responsabilità può essere estesa in capo agli amministratori anche di fatto, ai sindaci della capogruppo e della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, ai soci della società capogruppo, alle società cd. 'sorelle' o a quei soggetti terzi, ad esempio in via di ipotesi le Banche, che nell'ambito di un'operazione finanziaria posta in essere da una società del gruppo su indicazioni della capogruppo, abbiano tratto consapevolmente beneficio dall'operazione. *Consapevolmente* significa con piena consapevolezza della violazione dei corretti principi di gestione societaria imprenditoriale, quindi della natura indebita del beneficio ricavato perché originato da questa violazione e da un corrispondente pregiudizio recato alla controllata. Ma, dispone l'art. 2497, secondo comma, che questi terzi, **che ne hanno consapevolmente tratto beneficio, rispondono solo nei limiti del vantaggio conseguito**.

L'attività di direzione e di coordinamento può anche essere esercitata in maniera congiunta e la responsabilità può essere parimenti congiunta, come ad esempio quando si tratta di un esercizio congiunto tra la controllante e un'altra controllata diversa dal soggetto passivo della direzione e coordinamento, come confermato dal secondo comma che rende responsabili tutti coloro che hanno partecipato al fatto lesivo.

L'attività di direzione e coordinamento non è un'attività equiparabile a quella dell'amministratore ma un'attività atipica esercitabile con forme e modalità più svariate (se il CdA della holding e il CdA della società eterodiretta sono in buona parte composti dagli stessi soggetti, l'attività di direzione avrà connotati informali).

Infine, secondo un certo orientamento e una nota pronunzia, la responsabilità da direzione e coordinamento, e quindi l'attività stessa, potrebbe anche essere riferita a un soggetto o più soggetti persone fisiche che si collochino al vertice del potere di influenza di direzione e coordinamento di varie società a valle.

8. RESTA DISTINTA LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI VERSO LA SOCIETÀ, I SOCI E I TERZI

Ovviamente la responsabilità degli amministratori della controllante, come della controllata, è fattispecie diversa e distinta dalla responsabilità della controllante per attività di direzione e coordinamento.

Mentre la società dominante persegue la finalità di unitaria gestione del gruppo, mira a piegare la gestione della società diretta alla soddisfazione di interessi di gruppo o di interessi propri della controllante, la responsabilità degli amministratori resta ferma, verso la società, verso i soci e verso i creditori sociali, su un piano diverso secondo la disciplina generale di cui agli artt. 2392, 2393 e 2393 bis c.c. (responsabilità verso la società e azione sociale di responsabilità), art. 2394 (responsabilità verso i creditori sociali), art. 2395 (azione individuale del socio e del terzo direttamente danneggiato).

Ovviamente, siccome la responsabilità degli amministratori esiste su un piano collaterale e parallelo, gli amministratori della dominata potranno sempre opporre alla dominante la dannosità della direttiva o il suo carattere abusivo.

Quindi, se per esempio la dominante imponesse alla dominata il finanziamento a favore di altra società, non facente parte del gruppo in senso giuridico ma autonoma, e questo finanziamento non trovasse adeguate controgaranzie e quindi si profilasse come pregiudizievole, gli amministratori dovrebbero opporsi o chiedere garanzia alla dominante stessa.

La regola del *'business judgement rule'* che garantisce lo spazio di discrezionalità gestoria e quindi di insindacabilità *ex post* delle operazioni degli amministratori, qui cede il passo alla valutazione *ex ante* se gli amministratori della eterodiretta l'abbiano valutata come opportuna e conveniente per la società.

Del resto l'obbligo di motivazione di cui all'**art. 2497 ter c.c.** (dar conto delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione) **presidia le regole di trasparenza, in quanto solo la conoscenza delle ragioni economiche e imprenditoriali di un'operazione può consentirne di giudicarne la correttezza. E la motivazione dell'operazione, ossia il porre in evidenza le ragioni e gli interessi che la**

giustificano, può mettere al riparo gli amministratori da responsabilità, o, al contrario, anche costituire indizio di prova contro di loro in presenza di motivazione solo formale, o del tutto generica o incongrua.

‘Va osservato che, qualora l’influenza della capogruppo vi sia stata, ma l’operazione rientri nell’alveo degli obiettivi imprenditoriali dell’attività soggetta, ancorché vi sia stato un esito negativo ma frutto di imprudenza, negligenza o violazione dei doveri specifici dell’amministratore della società diretta, sia al di fuori dell’ambito del 2497’ (Trib. Milano 14.12.2016 n. 13636).

9. I FINANZIAMENTI INFRAGRUPPO (ART. 2497 QUINQUIES C.C.)

Come noto, i flussi finanziari in senso discendente dalla capogruppo alle società dirette servono per porre rimedio a una situazione di sottocapitalizzazione presente in alcune unità del gruppo. Per evitare che queste forme di finanziamento pregiudichino gli altri creditori, l’art. 2497 *quinquies* statuisce che in presenza di un’attività di direzione e coordinamento i finanziamenti effettuati dalla società che esercita la direzione sono soggetti alla norma sulla **postergazione di cui all’art. 2467** in tema di s.r.l. (che recente Cass. 20.6.2018 n. 16291 estende alle s.p.a. a ristretta base societaria, ove possa dirsi che il socio di quest’ultima disponga di una informativa sostanzialmente comparabile a quella che potrebbe ottenere il socio di una s.r.l.), e nel caso di fallimento entro l’anno, come noto, devono essere restituiti. Questa norma riguarda anche i finanziamenti posti in essere tra società cd. ‘*sorelle*’. Naturalmente i presupposti sono gli stessi dell’art. 2467 c.c., ossia l’esistenza di uno squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto e una situazione finanziaria in cui parrebbe ragionevole il conferimento nel momento in cui il finanziamento è effettuato.

10. I CONTRATTI DI COORDINAMENTO O DI DOMINIO (ART. 2497 SEPTIES C.C.)

Trattasi di fattispecie diversa da quella già esaminata: qui manca il controllo e anche l’obbligo del consolidamento, e non opera la presunzione ex art. 2497 *sexies*, e la norma trova applicazione specialmente nei cd. ‘**gruppi orizzontali**’ o ‘**società paritetiche**’.

L'art. 2497 *septies* c.c. configura l'esistenza di una **situazione di direzione e coordinamento** per così dire **negoziale, contrattuale**, frutto di un contratto tra la società dominante e la dominata, o di clausole contenute nello statuto societario. Il fenomeno evidentemente è consentito anche in deroga al generale principio che solo gli amministratori di una società di capitali hanno il dovere, il potere e la responsabilità dell'amministrazione; in questo caso specifico si prevede che **in forza di contratto vi sia un eterodirezione** ma anche in tal caso troveranno applicazione i principi di responsabilità per abuso già illustrati qualora vi sia stata violazione degli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale verso la società eterodiretta. Il contratto di dominio non è esimente da responsabilità per abuso di direzione o di posizione dominante.

I contratti possono essere gerarchici e subordinare certe operazioni della dominata a forme di consultazione o di autorizzazione preventiva della dominante che viene così a condizionarne le decisioni di tipo strategico, finanziario, operativo, industriale, commerciale.

Le clausole contrattuali possono riguardare la disciplina dei rapporti relativi ad operazioni significative e di importo rilevante, quali finanziamenti, obblighi informativi, forniture, acquisti, gestione del personale. Può essere previsto l'obbligo del parere preventivo della dominante per operazioni oltre una certa soglia, o la predisposizione di documentazione ad hoc per la singola operazione da parte della dominante o obblighi di informazione periodica da parte della dominata alla dominante ed altro. Normalmente questi contratti di dominio hanno una durata e una finalità enunciata che può essere collegata anche al perseguimento di un dichiarato piano industriale od altro.

Poiché la fattispecie del dominio contrattuale dell'art. 2497 *septies* si applica anche a società autonome non facenti parte di un gruppo, in tal caso si ritiene **necessaria la delibera assembleare** o comunque l'autorizzazione dell'assemblea dei soci all'organo amministrativo, in quanto il **contratto di dominio incide sulla organizzazione societaria**.

Anche qui l'abuso viene meno se il risultato complessivo del dominio o della direzione assicura un vantaggio compensativo, e quindi elide il danno della singola direttiva o della singola operazione compiuta sotto l'influenza della dominante.

Con riguardo all'art. 2497 *septies* c.c., la giurisprudenza si è occupata di situazioni in cui si pretendeva di ricavare dalle clausole di contratti di finanziamento la prova dell'esistenza di una direzione e coordinamento, ma ha ritenuto che previsioni quali il monitoraggio dell'andamento della società finanziata, l'attenzione sugli assetti proprietari e sul mantenimento dei requisiti finanziari e di standard patrimoniali sussistenti all'epoca del finanziamento, gli obblighi informativi, il divieto di operazioni straordinarie o incompatibili con gli obblighi di rimborso, la decadenza dal beneficio del termine, ecc., i cd. '*covenants*', appaiono cautele assolutamente fisiologiche e dovute da parte di una Banca o altro Ente Finanziario, e non tali da configurare un potere positivo di determinazione stabile delle decisioni della società finanziata e quindi l'assoggettamento del finanziatore alla disciplina di cui all'art. 2497 e segg. c.c. (Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 14.12.2016 n. 13636).

Treviso, 26 giugno 2019

Avv. Guido Piccione