



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 35

*Direzione e coordinamento di società
nella riforma del diritto societario*

ottobre 2003

**DIREZIONE E COORDINAMENTO
DI SOCIETÀ NELLA RIFORMA
DEL DIRITTO SOCIETARIO**

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Evoluzione storica – 3. Nozione di direzione e coordinamento di società – 4. Regime di responsabilità – 5. Regime di pubblicità – 6. Finanziamenti infragruppo – 7. Recesso del socio – 8. Altre disposizioni in materia di amministrazione e controllo

1. PREMESSA

Con la riforma del diritto societario il legislatore ha introdotto per la prima volta nel nuovo Capo IX al Titolo V del Libro V del c.c., rubricato “*Direzione e coordinamento di società*”, norme in materia di gruppi, senza peraltro giungere a costruzioni dogmatiche del concetto di gruppo o di controllo di società (artt. da 2497 a 2497 *sexies ex* d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante la “*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*”).

La specifica ed innovativa disciplina dà attuazione alla lett. h) dell’art. 2, co. 1, della legge delega – a mente della quale, fra i principi generali della riforma, è espressamente indicato quello di “*disciplinare i gruppi di società secondo i principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti*” – ed all’art. 10 della stessa l. n. 366/2001 che, nell’enunciare i criteri direttivi in materia di gruppi, precisa che la riforma è ispirata ai seguenti principi:

- a) “*prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l’attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l’interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;*
- b) *prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell’interesse del gruppo siano motivate;*
- c) *prevedere forme di pubblicità dell’appartenenza al gruppo;*
- d) *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 sussistono le condizioni per l’obbligo di offerta pubblica di acquisto”.*

In via preliminare, si osserva che nel decreto delegato il legislatore non ha ritenuto opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, preferendo utilizzare la dizione di società o enti che “*esercitano attività di direzione e coordinamento*” per indicare quei soggetti che nella realtà economico-sociale sono individuati come società o enti capogruppo o *holding*.

La scelta, come si legge nella relazione che accompagna il d.lgs. n. 6/2003, è stata dettata da un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, il richiamo a preesistenti definizioni è apparso inopportuno perché le innumerevoli nozioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello risultano essere funzionali a problemi specifici. In secondo luogo, qualunque nuova definizione “*si sarebbe dimostrata inadeguata all’incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica*”.

In altri termini, si è evitato di confinare in figure tipiche la rilevanza dei fenomeni di gestione unitaria di più società e, di contro, si è scelto di attribuire rilevanza giuridica ad una situazione di fatto determinata dall’esercizio dell’“*attività di direzione e coordinamento*” (formula quest’ultima invero mutuata dalla disciplina bancaria) di una società da parte di un diverso soggetto, sia esso una società od un ente.

Inoltre, come notato dai primi commentatori, queste disposizioni introducono una serie di principi generali e trasversali che dovranno essere applicati a qualsiasi tipo di gruppo tanto che, secondo alcuni, alla riforma andrebbe riconosciuto il merito di aver introdotto nel nostro ordinamento lo “*statuto organizzativo delle imprese di gruppo*”.

In via di principio, non si può negare, a proposito, che le disposizioni contenute nel Capo IX segnano il riconoscimento, a livello legislativo, della legittimità dell’attività di direzione e di coordinamento unitaria anche quando chi la esercita persegue interessi non omogenei con quelli della società controllata ovvero non omogenei con gli interessi, pur essi tipicamente societari, dei soci cosiddetti esterni.

Infine, è interessante osservare che cardine dell’intera disciplina dei gruppi è l’introduzione di un regime di responsabilità; il legislatore ha, infatti, ritenuto che il “*problema*” centrale del fenomeno di gruppo fosse quello della responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata.

L’assunto fondamentale del sistema di responsabilità prescelto, come approfondiremo nel prosieguo, è che le aggregazioni societarie – pur rappresentando un fisiologico, quanto legittimo, modo di esercizio dell’impresa sociale – determinano necessariamente un mutamento sostanziale delle condizioni di esercizio dell’impresa stessa. Di riflesso, per il singolo socio, l’entrata o l’uscita della società dal gruppo si accompagna ad un’alterazione dei profili di rischio dell’investimento accettato al momento dell’ingresso in società.

2. EVOLUZIONE STORICA

Nel corso del XX secolo, pur essendo un fenomeno da tempo presente nella realtà economico-sociale, il gruppo di società ha trovato ampia diffusione tanto da diventare – secondo una comune opinione – il modello di struttura organizzativa tipico della grande o medio-grande impresa (si ritiene che il primo gruppo europeo sia stato quello controllato dalla “*Compagnie genevoise de l’industrie du gaz*”, la cui formazione risale al 1861; il primo gruppo italiano, guidato dalla Società per lo sviluppo delle imprese elettriche, sarebbe stato costituito nel 1898).

È significativo però che nei codici ottocenteschi non vi sia riferimento alle aggregazioni di imprese.

Nei sistemi di *civil law*, infatti, stante l'assenza del principio della capacità speciale delle persone giuridiche presente nel sistema anglosassone, le partecipazioni in altre società fino al conseguimento del controllo si erano potute liberamente sviluppare senza bisogno di una norma di legge permissiva.

Nei sistemi di *common law*, di contro, fu necessario introdurre norme che autorizzassero in via generale l'acquisto di partecipazioni azionarie in altre società; autorizzazione che poteva essere concessa, al ricorrere di specifiche esigenze, solo a singole società (nel 1888, lo Stato del New Jersey per primo emendò il proprio diritto societario permettendo alle *corporations* di acquistare partecipazioni azionarie di altre società).

In Italia, mentre il Codice di Commercio ignorava sia il fenomeno dei gruppi sia l'acquisizione di partecipazioni qualificate, il codice civile del 1942 descrive, e per taluni aspetti disciplina, i vincoli societari conseguenti all'esistenza di posizioni di controllo (artt. da 2359 a 2361 c.c.), senza dettare nessuna specifica disposizione in materia di gruppi di impresa.

Timidi accenni al fenomeno del gruppo si sono poi susseguiti, senza mai sfociare in una disciplina organica né in una definizione tipologica del fenomeno, nella legislazione speciale, ove, tra le altre, di maggiore interesse appaiono talune disposizioni che disciplinano i gruppi sotto profili particolari, e precisamente:

- contabile: il d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, al Capo III regola i bilanci consolidati di gruppo;
- patologico: l'art. 3, del d.l. 30 gennaio 1979, convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95 (cosiddetta Legge Prodi), dettava una speciale disciplina dei gruppi nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. In particolare, stabiliva che, nei casi di direzione unitaria delle imprese di gruppo, gli amministratori delle società che avevano abusato di tale direzione rispondevano in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite. Analoghe disposizioni erano state dettate dal d.l. 5 giugno 1986, n. 233, convertito nella l. 1 agosto 1986, n. 430, per la liquidazione coatta amministrativa dei gruppi facenti capo a società fiduciaria, di revisione e ad enti di gestione. Queste disposizioni, senza sostanziali modificazioni, sono oggi raccolte negli artt. 80 e ss. del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (cosiddetta Legge Prodi-bis);
- della vigilanza: i gruppi bancari sono stati regolati sotto questo profilo dal d.l. 20 novembre 1990, n. 3, oggi trasfuso nell'art. 61, co. 4, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (T.U.L.B.). Ai gruppi che esercitano attività finanziaria provvede, invece, l'art. 12 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.);
- della concorrenza: in base al diritto comunitario della concorrenza e, in virtù dell'art. 1, co. 4, della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (cosiddetta Legge Antitrust), anche per il diritto nazionale, il gruppo di società è considerato come un'unica impresa e, in particolare, come un'unica "unità concorrenziale".

È interessante notare che, in ambito comunitario, la disciplina dei gruppi societari presenta divergenze rilevanti. Infatti, soltanto in Germania ed in Portogallo si rinviene una disciplina sistematica del gruppo, mentre gli altri Stati membri dispongono di discipline di settore; la Francia, per esempio, tutela i lavoratori all'interno nel gruppo. Tutti i Paesi controllano poi le banche e società assicurative a livello di gruppo consolidato.

Allo scarso interesse del legislatore italiano per il fenomeno dei gruppi corrisponde un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

Il dibattito dottrinario sulla disciplina dei gruppi si incentra, in particolare, sul problema del conflitto di interessi tra società capogruppo e società controllate (o meglio soci esterni di queste ultime).

Sul tema è possibile individuare essenzialmente tre indirizzi interpretativi.

Il primo che afferma la prevalenza dell'interesse del gruppo, il secondo che lo nega e un ultimo, mediano, che tenta di conciliare le contrapposte esigenze del gruppo e delle singole controllate.

Secondo il primo orientamento, che esalta l'unitarietà dell'impresa anche se esercitata in forma di aggregazioni societarie, la politica di gruppo coinvolge indistintamente le singole società; l'interesse sociale coincide così con l'interesse del gruppo.

Il secondo orientamento, spesso seguito dalla giurisprudenza, ritiene l'autonomia giuridica e patrimoniale delle singole società presupposto per l'affermazione – e per la risoluzione – del conflitto d'interessi. Ne consegue che la società controllata deve essere capace di tutelare l'interesse dei soci di minoranza e dei creditori sociali, impedendo un uso indebito dei beni sociali e il conseguente depauperamento della società.

L'orientamento intermedio suggerisce la necessità di un equo bilanciamento degli interessi in una logica definita di tipo compensativo: l'interesse del gruppo, dunque, non può *a priori* essere considerato extrasociale e quindi non è tale da generare necessariamente una situazione di conflitto.

Nell'attuale disciplina, la giuridica autonomia reciproca delle società componenti il gruppo vale a rendere le une non responsabili verso i terzi per le obbligazioni delle altre, non avendo avuto seguito le proposte di modellare la responsabilità della controllante per i debiti della controllata secondo la tecnica, adottata ad esempio dall'art. 2362, del superamento dello schermo della personalità.

Dal canto suo, la giurisprudenza – già prima che il legislatore intervenisse con norme di settore sui gruppi di società – aveva affermato la legittimità della direzione unitaria esercitata dalla società capogruppo. Come precisato dalla Suprema Corte, in linea di principio, non esistono, infatti, ostacoli di carattere giuridico a che le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio del gruppo vengano poi attuate dagli organi delle singole società (Cass. 5 febbraio 1990, n. 1439; Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759).

Ciò non toglie che, per quanto riguarda la rilevanza dell'interesse di gruppo, la logica unitaria possa influire sul significato da attribuire alle singole operazioni. A tal proposito, ad esempio, la Cassazione ha escluso che la rinuncia delle *holding* a crediti nei confronti di società controllate o la presentazione di garanzie a favore di società del gruppo sia da considerare atto a titolo gratuito come tale revocabile ai sensi dell'art. 64 L.F. (Cass. 14 settembre 1976, n. 3150; nonché Cass. 11 marzo 1996 n. 2001 e Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325). Successivamente, valorizzando il profilo dell'inserimento in un'aggregazione più vasta, la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità di operazioni che perseguono interessi di gruppo, purché l'interesse della singola società non contrasti con quello del gruppo. In tal senso, non è stato ritenuto legittimo il compimento di atti che si risolvano per la società controllata nella sola partecipazione al rischio di perdite e non anche ai guadagni ed avvengano senza corrispettivo di sorta (Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759).

In altri casi è stato però osservato che la società controllata *“viene non di rado a conseguire vantaggi che la compensano dei pregiudizi subiti per effetto di altre operazioni”* (Cass. 11 marzo 1996, n. 2001), sempre che le relazioni privilegiate non si traducano nel solo sacrificio dell’interesse dell’una per il vantaggio dell’altra. In altre parole, per escludere la illiceità delle operazioni imposte infragruppo occorrerebbe pur sempre un interesse, anche se indiretto e mediato, della società che si obbliga per la società capogruppo o sorella.

In tal modo la Suprema Corte ha fatto proprio il criterio di valutazione dei cosiddetti vantaggi compensativi e cioè dei vantaggi che sul piano organizzativo, produttivo, commerciale e finanziario derivano dalla strutturazione dell’impresa in forma di gruppo.

Tale ultimo criterio appare essere stato adottato dal legislatore con riguardo alla fattispecie di infedeltà patrimoniale. Con l’art. 2634 c.c. – come modificato dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, che dà attuazione all’art. 11 della l. n. 366/2001 – il legislatore introduce una specifica previsione per le condotte realizzatesi all’interno del gruppo (è interessante notare che il legislatore ha utilizzato proprio l’espressione “gruppo”). Dopo aver stabilito al primo comma che sono punibili *“gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale”*, al terzo comma si precisa che non è ingiusto *“il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo”*. Si esclude, dunque, la punibilità di siffatte condotte perché alla luce della teoria dei vantaggi compensativi deve escludersi la qualità di ingiusto profitto.

Come osservato in dottrina, però, i principi della cosiddetta teoria dei vantaggi compensativi non sono da tutti condivisi.

È opinione comune, ad esempio, che non siano sufficienti i generici benefici derivanti all’organizzazione di gruppo per compensare il pregiudizio conseguente alla singola operazione; così come sembra incongruo il riferimento al singolo esercizio per delimitare temporalmente e quantificare il danno. Varia poi il modo di intendere la compensazione. Per alcuni essa deve consistere nella redistribuzione del saldo attivo dell’operazione fra tutte le società del gruppo; per altri si rende necessario la corresponsione di un vero e proprio indennizzo contestuale a favore della società che ha subito il pregiudizio. Secondo l’interpretazione più recente, alla luce anche del novellato art. 2634, la compensazione deve, invece, comprendere una valutazione dei benefici anche non immediati, ma ragionevolmente certi, che possono derivare alla società controllata anche su piani ed ambiti diversi da quelli conseguenti all’operazione imposta dalla capogruppo.

3. NOZIONE DI DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

L’ambito applicativo della disciplina introdotta nel nuovo Capo IX è determinato dall’esercizio in concreto dell’*“attività di direzione e coordinamento”*. Formula quest’ultima volutamente *lata*, idonea a ricomprendere

qualsiasi modalità di esercizio di un potere di indirizzo gestorio su altra società, prescindendo dunque dal riconoscimento o dall'attribuzione formale di poteri in tal senso.

Ciò non toglie che il legislatore abbia comunque ritenuto opportuno individuare alcune significative presunzioni relative – che ammettono, dunque, prova contraria – circa l'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento.

L'art. 2497 *sexies*, ex d.lgs. n. 6/2003, stabilisce, infatti, che “*ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalle società o enti tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controllano ai sensi dell'articolo 2359*”.

La normativa sul consolidamento dei bilanci, contenuta negli artt. 25 e ss. del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, nell'individuare i soggetti tenuti alla redazione dei bilanci consolidati ripropone sostanzialmente la nozione di controllo contenuta nell'art. 2359 c.c.

L'art. 2359, il cui contenuto è rimasto immutato, stabilisce che 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. Inoltre, ai sensi dell'art. 2359, co. 2, nei primi due casi si devono computare anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta, mentre non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Il secondo comma dell'art 2497 *sexies*, inoltre, specifica che la disciplina non si applica esclusivamente alle società od enti legati da rapporti di controllo; e, infatti, la direzione e il controllo possono anche dipendere da:

- un contratto fra società *holding* e società controllate;
- clausole dei loro statuti.

Si desume, in dottrina, da un lato, il riconoscimento dei gruppi di diritto e, dall'altro, la possibilità che le società stipulino veri e propri “contratti di dominazione”, sulla falsariga di quelli previsti dall'ordinamento tedesco, in cui capogruppo e società figlie stabiliscono reciprocamente obblighi, poteri, responsabilità e modalità di esercizio della direzione unitaria.

4. REGIME DI RESPONSABILITÀ

Norma centrale della disciplina dei gruppi è l'art. 2497 con il quale il decreto delegato ha introdotto una nuova azione di responsabilità dei soci e dei creditori della società soggetta a direzione e coordinamento nei confronti della società e dell'ente che esercita siffatta attività.

L'art. 2497, co. 1, 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 ed 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”.

Legittimati all'azione sono, dunque, i singoli soci ed i creditori della società soggetta ad altrui attività di direzione e coordinamento. Fra i soci con interesse ad agire per ottenere il risarcimento dei danni nei confronti della società capogruppo ritroviamo, come è ovvio, i soci di minoranza o comunque avulsi dalla direzione unitaria.

Chiamati a rispondere del danno sono “*le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento*” di altra società; con riferimento agli enti si allude a qualsiasi altra struttura organizzativa utilizzabile per l'esercizio di attività di impresa (si pensi, ad esempio, ad una fondazione).

Presupposti della responsabilità sono la illiceità della condotta e l'esistenza del danno nei confronti dei soci e dei creditori.

L'illiceità della condotta non consiste nel mero perseguimento da parte della capogruppo di un interesse proprio o altrui o comunque estraneo alla società dominata, essa, infatti, si concretizza in una azione che violi “*i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime*”.

Ai sensi dell'art. 2497, il danno risarcibile – che deve essere causalmente collegato a siffatta condotta – è rappresentato per il socio della società soggetta a direzione e coordinamento dal danno:

- alla redditività della partecipazione sociale;
- al valore della partecipazione sociale.

Per il creditore della società soggetta a direzione e coordinamento occorre riferirsi al danno all'integrità del patrimonio sociale.

Il legislatore ha utilizzato formule dalla portata assai ampia; sarà compito di dottrina e giurisprudenza, come precisato nella relazione governativa, individuare l'ambito e l'operatività della norma.

In particolare, come chiarisce la relazione, dovendosi necessariamente tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica ed operativa, sarà affidato alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di individuare e costituire i principi di corretta gestione posti a tutela del “bene” partecipazione sociale.

I primi commentatori hanno rilevato come il riferimento ai principi di corretta gestione della società richiami implicitamente i principi di correttezza professionale ovvero del *business judgement review*, elaborati nel corso degli anni dalla giurisprudenza. Al contempo, alcuni hanno lamentato il mancato utilizzo di formule già note alla legislazione commercialistica; tra le quali figurerebbero proprio i principi della correttezza professionale, valutabili ai sensi del secondo comma dell'art. 1176, tanto più che anche in merito alla responsabilità degli amministratori sembrano essere stati richiamati questi stessi criteri (art. 2392, co. 1, ex d.lgs. n. 6/2003).

È interessante notare, innanzitutto, che la norma pone un limite all'esercizio della direzione e controllo nei confronti di un'aggregazione di società. Tale limite è costituito dal rispetto dei valori essenziali del bene partecipazione sociale.

Referente normativo dell'esistenza di un siffatto bene è l'art. 2247 c.c., a mente del quale esso può essere definito come partecipazione "*all'esercizio in comune di una attività economica al fine di dividerne gli utili*", i cui valori essenziali, da preservare e tutelare, sono la continuità dell'impresa, la redditività e la valorizzazione della partecipazione.

Quanto al danno risarcibile a favore del socio si è osservato come il "*pregiudizio arrecato al valore della partecipazione*" sembri alludere alla lesione del valore reale della partecipazione, quale conseguenza di una diminuzione del valore del patrimonio netto.

Per lesione alla "*redditività della partecipazione*" – eliminato l'equivoco riferimento alla lesione del "diritto agli utili" contenuto nello schema del decreto legislativo approvato il 29-30 settembre 2002 – sembra, invece, doversi intendere l'impossibilità per il socio di trarre dalla stessa i vantaggi che gli sono propri.

Il legislatore sembra, dunque, riferirsi all'aspettativa del socio di conseguire gli utili che si realizzano attraverso lo svolgimento dell'attività.

Esempio di un danno del primo tipo sarebbe la perdita del capitale sociale e del secondo l'evenienza di una eterodestinazione dell'utile, ossia di una sua destinazione al di fuori della società.

Accanto all'azione del socio, la norma prevede poi un'azione diretta del creditore sociale nei confronti della capogruppo. Il tal caso, quest'ultimo avrà diritto ad ottenere il risarcimento del danno determinato alla diminuzione della garanzia del suo credito rappresentata dal patrimonio della società controllata. La formula, nonostante la differenza relativa ai legittimati passivi ed ai presupposti, sembra richiamare l'azione di responsabilità dei creditori sociali prevista dall'art. 2394, tant'è vero che, qualora la società controllata sia sottoposta a procedura concorsuale od amministrazione straordinaria, l'azione spettante ai creditori contro la società che esercita attività di direzione e coordinamento è proposta dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario (2497, co. 4), analogamente a quanto disposto dall'art. 2394 *bis*.

In ogni caso, la responsabilità della società od ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento è esclusa 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.

Appare, quindi, accolta la teoria dei vantaggi compensativi, secondo la quale, precisa la relazione governativa, per verificare la sussistenza del danno deve guardarsi al "*risultato complessivo dell'attività della controllante*", ovvero ai vantaggi, anche mediati ed indiretti, che derivano dall'appartenenza al gruppo, "*e non il danno risultante da un atto isolatamente considerato*".

Ne consegue, da un lato, che compito della *holding* nella scelta della strategia gestionale e nelle decisioni concernenti singole società del gruppo è quello di valutare gli interessi di tutte le società coinvolte nell'operazione evitando di creare danni anche a carico di una sola di esse.

Dall'altro, nel caso concreto, ciò significa imporre al giudice, in una verifica necessariamente postuma, la valutazione complessiva dell'attività della società controllante.

Rimane aperto il problema di cosa debba essere considerato "vantaggio" per la società controllata. Si suggerisce, ad esempio, che la valutazione complessiva dell'attività del gruppo debba tener conto anche di operazioni che, benché pregiudizievoli, possano portare nel medio-lungo termine sicuri benefici e che,

dunque, prenda in considerazione anche voci economico-patrimoniali non sempre emergenti nei dati contabili.

L'esercizio dell'azione di responsabilità è, altresì, esclusa quando il socio od il creditore sociale siano stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento: ai sensi dell'art. 2497, co. 3, "*il socio ed 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*".

L'azione *ex art.* 2497 presuppone, dunque, il mancato ristoro del danno da parte della società controllata.

In dottrina, se ne desume che, nel caso in cui la capogruppo sia responsabile per la lesione – non altrimenti compensata dall'appartenenza al gruppo – la società controllata può provvedere direttamente a "risarcire" – oppure indennizzare – i propri soci e creditori danneggiati dall'azione di gruppo per impedire azioni legali nei confronti della controllante ai sensi dell'art. 2497, co. 1.

La ricostruzione del significato di quest'ultima disposizione non appare, sotto alcuni aspetti, del tutto chiara. Occorre premettere che, secondo l'opinione prevalente, l'art. 2497 introduce un'azione di responsabilità di natura extracontrattuale a favore dei soci e dei creditori delle società sottoposte a direzione e controllo; l'azione è diretta verso la controllante, con la conseguenza che il risarcimento del danno spetta direttamente al socio e al creditore e non alla società, anche se il danno lamentato dal socio e dal creditore sociale è normale riflesso del danno subito dalla società.

Come si legge nella relazione al d.lgs. n. 6/2003, l'azione dunque rafforza la tutela dei soci e dei creditori poiché si aggiunge, in via alternativa, a quella offerta rispettivamente dall'art. 2395 e dall'art. 2394.

Il terzo comma dell'art. 2497 sembra, invece, suggerire la natura "sussidiaria" dell'azione di responsabilità del socio e del creditore nei confronti della *holding*. In altri termini, il creditore sociale potrà agire direttamente nei confronti della capogruppo dopo aver escusso invano la società debitrice.

Se si pensa al socio, però, la soluzione appare meno chiara.

Il socio dovrebbe prima agire per il risarcimento del danno nei confronti della società di appartenenza e, solo qualora tale azione avesse esito negativo, potrebbe agire *ex art.* 2497 nei confronti della società capogruppo. A tal proposito si è però osservato che il socio non dispone di un'azione diretta contro la società a tutela della redditività della sua partecipazione e, ove si ammettesse, tale azione non potrebbe comunque essere esercitata – o almeno non vittoriosamente – contro la società controllata, dal momento che quest'ultima è per definizione incolpevole, essendo la responsabilità imputabile alla capogruppo.

Tale ultima ricostruzione appare, però, incongrua rispetto all'intento del legislatore di rafforzare la tutela del socio con un meccanismo che ne garantisca celerità e certezza del risultato.

D'altro canto, secondo altra parte della dottrina, la norma non sembra neppure escludere la configurabilità di un'azione di responsabilità della stessa controllata nei confronti della *holding*, il cui fruttuoso esperimento varrà a reintegrare il patrimonio sociale e, indirettamente, i diritti dei soci e dei creditori sociali.

Alludono a tale possibilità il secondo comma dell'art. 2497 ed anche la seconda parte del primo comma, ove si afferma che la responsabilità della capogruppo verso i soci ed i creditori della controllata è esclusa, fra l'altro, quando il danno sia stato *“integralmente eliminato”*.

È pur vero che la normativa lascia aperta la possibilità che la società controllata utilizzi non un'azione di responsabilità, ma altre, non meglio specificate, operazioni dirette a ripianare le perdite sofferte dai soci o dai creditori sociali.

È interessante notare, infine, che nello schema del decreto legislativo approvato il 29/30 settembre 2002 era prevista la responsabilità di *“chiunque”* avesse esercitato l'attività di direzione e coordinamento.

La disciplina era pertanto direttamente applicabile anche alle persone fisiche che attraverso le partecipazioni di controllo svolgevano un'attività imprenditoriale di direzione e coordinamento del gruppo.

Anche nell'attuale stesura l'ambito di applicazione del regime di responsabilità non deve ritenersi ristretto esclusivamente agli enti e alla società. Il coinvolgimento delle persone fisiche, che esercitino a qualunque titolo attività di direzione unitaria su un gruppo, è infatti previsto dal secondo comma dell'art. 2497 ai sensi del quale *“risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio”*.

Anche in questa disposizione emerge la volontà del legislatore di offrire, nella disciplina dei gruppi, una configurazione che si basi su un approccio sostanziale, e non formale, al fenomeno.

L'intento è essenzialmente quello di offrire una tutela rafforzata dei soci, affermando la responsabilità di chi – indipendentemente dalla posizione formalmente assunta – abbia contribuito a causare il danno oppure di chi ne abbia tratto comunque consapevolmente profitto (in tal caso limitatamente ai vantaggi conseguiti).

Con le società e gli enti possono, dunque, essere chiamati a rispondere del danno anche le persone fisiche che siano a capo di un gruppo; quali, ad esempio, l'eventuale socio di controllo o detentore di una partecipazione qualificata e, in particolare, anche chi eserciti tale potere in via di fatto; ma anche gli amministratori, i direttori generali, in quanto soggetti attraverso i quali viene esercitato istituzionalmente il potere di amministrazione.

Secondo alcuni Autori, la stessa azione potrebbe essere esercitata anche nei confronti degli amministratori della società controllata quali esecutori delle direttive della società capogruppo – ed eventualmente i sindaci che abbiano omesso il loro controllo – non potendosi negare che essi abbiano in tal modo partecipato al processo decisionale relativo ad atti pregiudizievoli per la società controllata.

La norma individua anche la responsabilità di coloro che, al di fuori di una vera e propria ipotesi di concorso alla causazione del danno, abbiano consapevolmente beneficiato dell'illecito esercizio del potere di direzione e controllo.

Sotto quest'ultimo profilo il legislatore, estendendo ulteriormente l'ambito d'applicazione della norma, sembra alludere ad ogni altro soggetto, persona fisica o giuridica, che abbia in qualunque modo tratto vantaggio dall'abuso di direzione e coordinamento, secondo la normale regola dell'arricchimento senza causa.

Autorevole dottrina ha osservato, in primo luogo, che in tali circostanze l'azione dell'art. 2947 avrebbe, dunque, natura indennitaria più che natura risarcitoria. In secondo luogo, a titolo esemplificativo, che, per questa via, potrebbe essere chiamata a rispondere del danno anche altra società del gruppo che abbia beneficiato dell'illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento.

Non vi è dubbio che l'ampliamento del novero dei soggetti responsabili, volto ad evitare pericolose sacche di irresponsabilità a fronte di organizzazioni collettive, si scontra con la difficoltà di accertare in concreto se e quali di questi soggetti abbiano effettivamente partecipato all'operazione e ne abbiano tratto, e in quale misura, un vantaggio.

Un'ultima notazione di carattere processuale.

Trattandosi, come abbiamo accennato, di una responsabilità aquiliana, incomberà sui danneggiati (socio e creditore sociale), l'onere di provare la colpa della *holding* danneggiante ed inoltre l'esistenza di un nesso di causalità fra la condotta di quest'ultima ed il lamentato danno.

Una siffatta prova è tutt'altro che agevole. Il socio o il creditore dovranno, infatti, dimostrare la specifica violazione dei principi di correttezza gestionale e provare che il danno non è dovuto ad una avversa congiuntura economica.

Inoltre, atteso che il pregiudizio ai soci o ai creditori consegue ad operazioni della controllata poste in essere su direttiva della capogruppo, chi agisce dovrà provare che la *holding* ha effettivamente impartito specifiche direttive e che la loro esecuzione è stata causa del danno subito dalla controllata. Al contempo, è concessa alla *holding* una prova liberatoria. Non vi è responsabilità della capogruppo, come precedentemente accennato, 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, co. 1).

Tutto l'impianto probatorio così delineato appare segnato da un rapporto trilatero capogruppo-società figlia-socio oppure capogruppo-società figlia-creditore che si caratterizza per un'evidente asimmetria informativa. Eppure il legislatore, non prevedendo forme di inversione dell'onere della prova, ha scelto di far ricadere tale onere proprio sul soggetto – socio o creditore – che possiede il minor numero di informazioni sulla gestione della società e che dunque dovrà sopportare difficoltà e costi alquanto gravosi per dimostrare la responsabilità della capogruppo.

5. REGIME DI PUBBLICITÀ

Il regime di pubblicità cui è stata assoggettata l'appartenenza al gruppo è specificatamente rivolto a realizzare gli obiettivi di trasparenza e di rafforzamento della tutela della società controllata, dei soci di minoranza e dei terzi creditori.

L'art. 2497 *bis* impone una serie di obblighi informativi atti a rivelare l'appartenenza della società al gruppo.

Il primo comma dell'art. 2497 *bis* stabilisce, infatti, che la società deve indicare la propria soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza; inoltre, l'organo

amministrativo della società soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento deve provvedere a rivelare, mediante apposita iscrizione nel registro delle imprese, la propria natura di società di gruppo.

A tal fine, il secondo comma dell'art. 2497 *bis* prevede che sia istituita, presso il registro delle imprese, apposita sezione nella quale dovranno essere indicati i soggetti che esercitano attività di direzione e coordinamento ed i soggetti controllati.

Se ne desume che gli amministratori delle società che esercitano attività di direzione e coordinamento dovranno provvedere ad iscrivere nel registro delle imprese la capogruppo, verosimilmente con l'elenco delle società controllate.

In caso di inadempimento di tali obblighi pubblicitari, vale a dire quando gli amministratori omettano queste forme di pubblicità, oppure le mantengano quando la soggezione è cessata, questi sono responsabili dei danni sofferti dai soci e dai terzi a causa della mancata conoscenza di tali fatti (art. 2497 *bis*, co. 3).

Accanto a queste forme di pubblicità, ed al fine di rendere più agevole per il socio, il creditore sociale ed eventualmente per il giudice la conoscenza e la valutazione delle decisioni effettuate e delle loro conseguenze, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione che accompagna il bilancio 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 (art. 2497 *bis*, co. 5).

Inoltre, la società controllata deve esporre nella 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 (art. 2497 *bis*, co. 4).

L'art. 2497 *ter* stabilisce poi che le decisioni che siano state influenzate dalla società che esercita attività di direzione e coordinamento devono essere *“analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”*. Di esse, inoltre, gli amministratori della società controllata dovranno dare adeguata indicazione nella relazione sulla gestione.

In altre parole, quando le scelte di gestione compiute dagli amministratori siano state in concreto influenzate o determinate da direttive imposte dalla capogruppo, gli amministratori hanno l'obbligo di darne conto, specificando, in particolar modo, quali siano stati i processi decisionali che hanno indotto la società controllata ad uniformarsi alle direttive ricevute e quale sia l'interesse per la società di attenersi.

Ci si è domandati se la motivazione costituisca un requisito di forma della deliberazione suscettibile di impugnazione rispettivamente ai sensi degli artt. 2388, co. 4, *ex d.lgs. n. 6/2003*.

Nel dare risposta negativa a tale quesito, si è osservato che la motivazione deve ritenersi funzionale all'eventuale indagine conoscitiva del giudice finalizzata a comprendere le ragioni economiche ed imprenditoriali di un'operazione ed a consentire un giudizio sulla sua correttezza.

Come precisa la relazione ministeriale, si deve valutare se l'apparente diseconomicità di un atto *“trova giustificazione nel quadro generale dei costi e dei benefici derivanti dalla integrazione in un gruppo oppure no”*.

In conclusione, non vi è dubbio che il regime di pubblicità imposto ai gruppi dagli artt. 2497 *bis* e 2497 *ter* si caratterizzi per la portata fortemente innovativa; l'intento del legislatore sembra essere quello di indurre ad una esteriorizzazione e formalizzazione dei rapporti fra società capogruppo e società controllate, imponendo in sostanza, nei confronti dei gruppi, l'obbligo di *disclosure* dei rapporti di fatto esistenti fra società, con una duplice conseguenza:

- creare un sicuro vantaggio per il mercato (che è posto nella condizione di sapere che una data società appartiene e quindi opera come parte di una più vasta impresa) e rendere edotti soci e creditori della alterazione dei profili di rischio che essi andranno ad affrontare;
- imporre un adeguato regime di pubblicità quale presupposto logico e garanzia di operatività del regime di responsabilità prescelto dalla riforma, in modo da assicurare una più facile individuazione dei soggetti responsabili.

6. FINANZIAMENTI INFRAGRUPPO

Un particolare trattamento è riservato anche ai finanziamenti effettuati a favore di società da chi esercita attività di direzione e coordinamento.

Queste operazioni pongono un problema di tutela dei creditori; si vuole, infatti, evitare che i creditori sociali si vedano privati della posizione privilegiata che essi vantano nei confronti del patrimonio della società controllata a vantaggio della società che esercita il controllo.

L'art. 2497 *quinquies* stabilisce, pertanto, che “*ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'art. 2467*”; in altre parole, si estende a queste ipotesi la disciplina in materia dei finanziamenti da parte dei soci in favore della società a responsabilità limitata.

Di conseguenza, il rimborso dei finanziamenti della capogruppo, o di altra società appartenente al gruppo, a favore di una società controllata, è postergato rispetto alla soddisfazione dei creditori della società controllata e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.

Ai fini dell'applicazione di tali disposizioni, il legislatore ha specificato che “*si intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*” (art. 2467, co. 2).

In dottrina si è osservato che il legislatore, in sostanza, ha operato una riqualificazione del capitale di credito eventualmente erogato dalla capogruppo o da altra società del gruppo, assimilandolo ad un apporto a titolo di conferimento in modo da postergarne le ragioni, sebbene creditizie, a quelle di tutti gli altri creditori.

Si stabilisce, inoltre, la revoca di diritto del rimborso avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, sulla base della presunzione che la società *holding* non potesse non conoscere lo stato di insolvenza della società controllata.

Le disposizioni sopra riportate si applicano ai finanziamenti “*in qualsiasi forma effettuati*” – e dunque sia ai prestiti infragruppo sia alle fidejussioni – quando ricorrono circostanze tali da far ritenere che il ricorso al finanziamento non risponda ad una effettiva esigenza imprenditoriale, ma tenda a realizzare finalità elusive della disciplina sui conferimenti, risolvendosi così in uno strumento teso a realizzare un abuso a danno dei creditori.

7. RECESSO DEL SOCIO

L'istituto del recesso è tra quelli maggiormente interessati dalla riforma che ne ha moltiplicato le ipotesi rispetto a quelle previste dal codice del 1942.

Il diritto di *exit*, infatti, rappresenta uno strumento estremo, ma efficace – *rectius* più efficace degli strumenti di *voice* – di tutela del socio, dal momento che a quest'ultimo è attribuito il potere di negoziare la sua permanenza in società ogni qual volta muti in maniera rilevante il quadro originario ovvero il profilo del rischio dell'investimento, accettato entrando in società.

Questa linea guida trova conferma nella disciplina dei gruppi di imprese.

L'art. 2497 *quater*, ex d.lgs. n. 6/2003, individua tre ipotesi in cui al socio di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento è riconosciuto il diritto di recedere dalla società.

Ne risulta a favore del socio di una società controllata un ampliamento delle facoltà di recesso rispetto a quelle ordinariamente concesse ai soci di società di capitali.

È utile osservare, inoltre, come le tre ipotesi siano inderogabili – ovvero sottratte all'autonomia statutaria – e, dunque, da aggiungersi a quelle previste, in via generale, dalla legge o, in via facoltativa, dallo statuto della società.

Ad esse si applicano poi, a seconda dei casi ed in quanto compatibili, le disposizioni previste per il diritto di recesso del socio nella società per azioni o in quella a responsabilità limitata (2497 *quater*, co. 2).

E precisamente, in ordine alle modalità di esercizio del diritto di recesso, ai criteri di valutazione e al procedimento per la liquidazione della partecipazione sociale, troveranno applicazione, in quanto compatibili, per la s.p.a, rispettivamente i nuovi artt. 2437 *ter*, 2437 *quater*, 2437 *sexies*, ex d.lgs. n. 6/2003, e per la s.r.l., l'art. 2473, co. 3 e 4.

Ciò posto, passiamo ad esaminare le singole ipotesi previste dall'art. 2497 *quater*.

Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere:

- a) “*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”.

Si ha cambiamento dello scopo sociale nel caso in cui la società subisca una trasformazione eterogenea, vale a dire, quando la società capogruppo si trasforma mutando il proprio scopo da lucrativo a mutualistico e viceversa. Si può ipotizzare, ad esempio, il caso della trasformazione della società di capitali in una società cooperativa oppure in una fondazione.

Si ha, invece, cambiamento dell’oggetto sociale quando mutino le attività che la società capogruppo è chiamata – anche solo potenzialmente – a svolgere. Pertanto, il legislatore ha previsto l’ulteriore requisito dell’esercizio di attività tali da incidere *“in modo sensibile e diretto”* sulle condizioni economiche e patrimoniali della società controllata, proprio al fine di circoscrivere la possibilità di recesso.

Come osservato in dottrina, non appare chiaro se il diritto di recesso sorga in conseguenza del mutamento dell’oggetto della società capogruppo potenzialmente idoneo ad incidere sostanzialmente e direttamente sulla società controllata ovvero, in via successiva, quando sia concretamente possibile accertarne le conseguenze negative sul patrimonio o sul reddito della società assoggettata a direzione e coordinamento.

Comune denominatore delle ipotesi ora in esame è il riconoscimento che l’attività della controllante, pur se legittimamente esercitata, può alterare il profilo del rischio affrontato dal socio.

- b) *“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 tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l’intera partecipazione del socio”.*

Anche la *mala gestio* della *holding*, fatta valere dal socio della controllata ai sensi dell’art. 2497, giustifica il suo recesso una volta ottenuta una sentenza di condanna. La condanna, si è detto, realizza una giusta causa di recesso e, atteso che la norma non richiede il passaggio in giudicato della stessa, ma la sua esecutività, pare corretto concludere che il recesso non dovrebbe essere travolto nel caso in cui la condanna – immediatamente esecutiva – fosse riformata o annullata in un successivo grado di giudizio.

Giustificherebbe tale causa del recesso il venir meno della fiducia fra socio e società.

Per altri, invece, il legislatore, pur utilizzando la locuzione di *“decisione esecutiva”*, farebbe riferimento alla sentenza definitiva ovvero passata in giudicato.

La norma precisa che in tale caso il recesso può essere esercitato solo per l’intera partecipazione, dal che si deduce la possibilità di recesso parziale negli altri casi, ove è dunque ipotizzabile la volontà del socio di ridurre la propria partecipazione nella società, in altri termini di *“rischiare di meno”*.

- c) *“all’inizio ed 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”.*

In via di principio è la stessa entrata o uscita dal gruppo a consentire il diritto di recesso poiché, anche in questi casi, si alterano i profili di rischio affrontati dal socio.

Il legislatore delegato ha ritenuto, però, opportuno porre dei limiti alla possibilità di recedere in tale circostanza.

La norma, infatti, opera esclusivamente per le società non quotate ed al verificarsi di due ulteriori condizioni:

- l’inizio e la cessazione della direzione unitaria devono causare una sostanziale alterazione delle condizioni di rischio per l’investimento;
- non deve essere stata promossa un’offerta pubblica d’acquisto nei confronti della società controllata.

Come osservato in dottrina, la possibilità di liquidare la partecipazione all’inizio e alla fine dell’attività di direzione e controllo è riconosciuta solamente laddove non esista un meccanismo alternativo che si renda garante della possibilità di mobilitazione dell’investimento.

È allora questo il significato dell’inesistenza del diritto in esame nei casi di azioni della società controllata negoziate su mercati regolamentati, perché facilmente alienabili, oppure di azioni di società non quotate oggetto di un’offerta pubblica d’acquisto.

Con riferimento a quest’ultimo requisito, parte della dottrina ha ritenuto incongruo il generico riferimento – senza specificazioni di limiti e modalità – ad un’offerta pubblica d’acquisto promossa nei confronti di una società non quotata, circostanza, tra l’altro, poco frequente. Secondo altra parte della dottrina, la norma farebbe riferimento ai casi di trasferimento o consolidamento di una partecipazione (presuntivamente) di controllo. Se ne desume, quindi, che, nel caso di una offerta pubblica d’acquisto volta all’acquisizione del controllo di una società da parte di un’altra e che comporti l’ingresso in un gruppo, il socio avrebbe dovuto dismettere la propria partecipazione nel corso di quell’operazione.

8. ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO

La disciplina della direzione e coordinamento di società non è tutta contenuta nel Capo IX: essa, in realtà, si compone di una pluralità di disposizioni che regolano ulteriori profili connessi all’appartenenza al gruppo.

Nel Capo V, ad esempio, si incontrano alcune norme in materia di amministrazione e controllo da applicarsi alla società quando questa faccia parte di un gruppo (artt. 2381, co. 5, 2391, co. 1 e 2, 2403 *bis*, co. 2, e 2409, co. 1 e u.c., *ex d.lgs. n. 6/2003*).

Si tratta, come osservato da autorevole dottrina, di “*frammenti di uno statuto organizzativo di una società per azioni dominante o dipendente*”, che, insieme alle disposizioni contenute nel Capo IX, costituiscono il complesso quadro normativo della disciplina dei gruppi.

Non vi è dubbio che tale innovativa disciplina vada necessariamente ad incidere e modificare compiti, doveri e responsabilità degli organi gestori e di controllo; l'operatore deve tenerne debito conto perché una siffatta disciplina tende ad ampliare i confini dei suoi doveri ed a modificarne l'angolo visuale in un'ottica necessariamente "di gruppo".

A titolo esemplificativo di quanto sin qui affermato, l'art. 2381, co. 5, pone in capo all'organo delegato l'obbligo, fra l'altro, di riferire periodicamente *"al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate"*.

In ordine al conflitto d'interessi, l'amministratore ai sensi dell'art. 2391, co. 1, deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società; il secondo comma precisa che in tal caso *"la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione"*.

Tra i poteri dei sindaci, il legislatore delegato ha previsto, innovando sul punto, che il collegio sindacale possa chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari anche quando si riferiscano a società controllate, ed altresì ha riconosciuto all'organo di controllo la facoltà di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale (art. 2403 bis, co. 2).

Infine, in materia di amministrazione giudiziaria della società, l'art. 2409 consente non solo alla minoranza qualificata dei soci ma anche al collegio sindacale (o al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo sulla gestione) di proporre la denuncia *"ogni qualvolta sussista il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione tali da arrecare danno tanto alla società quanto ad una o più società controllate"*.

Un'ultima notazione.

Come osservato in dottrina, l'elencazione delle norme che andranno a costituire lo *"statuto organizzativo delle imprese di gruppo"* non può essere, allo stato attuale, esaustivo, poiché solo in sede di applicazione della riforma del diritto societario potranno individuarsi le altre norme destinate a regolare la materia dei gruppi.

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it