



Dipartimento
di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Commerciale

L'attività di direzione e coordinamento
di società:
la presunzione ex art.2497 sexies c.c.

Prof. Leonardo Di Brina

RELATORE

Prof.ssa Giovanna Giada Salvati

CORRELATORE

Fioravanti Enrico (Matr.246811)

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

INTRODUZIONE

PARTE PRIMA

L'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO 7

1. **La riforma del diritto societario del 2003** 7
2. **La mancanza di una definizione dell'attività di direzione e coordinamento** 10
3. **Elementi costitutivi dell'attività di direzione e coordinamento individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza** 13
4. **Indici rilevatori di un'attività di direzione e coordinamento** 18

PARTE SECONDA

LA PRESUNZIONE DI ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO EX ART.2497 SEXIES COD. CIV. 21

1. **Il consolidamento dei bilanci e il controllo ex art.2359 cod. civ.** 21
 - 1.1 *Il consolidamento dei bilanci* 22
 - 1.2 *Il controllo ai sensi dell'art.2359 cod. civ.* 23
2. **Natura della presunzione prevista dall'art.2497 sexies cod. civ.** 27
3. **La prova contraria in presenza di controllo** 31
 - 3.1 *Ipotesi elaborate dalla dottrina* 35
 - Predisposizione di specifica clausola statutaria*
 - Appostazione in bilancio della partecipazione nell'attivo circolante*
 - Intestazione della partecipazione ad un trust di scopo*
 - 3.2 *Conseguenze sull'onere della prova* 38
 - 3.3 *La sentenza del Tribunale di Mantova* 39
 - 3.4 *La prova contraria nell'ipotesi di adempimento degli obblighi di pubblicità ex art.2497 bis cod. civ.* 40
 - 3.5 *Ipotesi di esclusione dalla responsabilità* 41

4.	La prova contraria in assenza di controllo	43
5.	La fattispecie delineata dall'art.2497 <i>septies</i> cod. civ.	45
CONCLUSIONI		47
BIBLIOGRAFIA		50

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di affrontare la tematica della direzione e coordinamento e di approfondire in particolare gli aspetti relativi alla presunzione di direzione e coordinamento di società, che è prevista in base all'art.2947 *sexies* cod. civ. nei confronti di società o ente che siano tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlli ai sensi dell'art.2359 cod. civ., e della sua possibile prova contraria.

Nella prima parte dell'elaborato sarà esaminata in modo sintetico la disciplina della direzione e coordinamento di società, contenuta negli articoli 2947 e seguenti cod. civ., con i quali il legislatore, oltre a prevedere una serie di regole volte ad una maggiore trasparenza nella gestione dei gruppi di società ed alla tutela dei soci di minoranza e dei creditori sociali, ha introdotto nel nostro ordinamento il principio della responsabilità a carico delle società o enti che esercitino tale attività in violazione dei principi di corretta gestione societaria, nei confronti dei soci per i danni arrecati alla redditività e al valore della partecipazione sociale e nei confronti dei creditori sociali per la lesione all'integrità del patrimonio della società.

In primo luogo, si cercherà di approfondire l'ambito di applicazione delle suddette norme, dal momento che il legislatore non ha dato una definizione dell'attività di direzione e coordinamento, ma si è limitato a prevedere la responsabilità delle società o enti che la esercitino in modo non corrispondente a criteri di corretta gestione societaria.

Ha disciplinato quindi solo l'ipotesi in cui tale attività non sia svolta nel rispetto dei criteri di una corretta gestione societaria e, conseguentemente, rimangono pregiudicati i diritti dei soci e/o creditori sociali della società che a tale direzione e coordinamento è soggetta.

L'assenza di una definizione legislativa richiederà quindi, quale punto di partenza dell'indagine, la precisa individuazione degli elementi e delle possibili attività che possono caratterizzare l'attività di direzione e coordinamento alla luce

della interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, anche per distinguerla da altre possibili situazioni o forme diverse di collaborazione tra imprese, che si possono riscontrare nell'esperienza concreta.

Una volta stabiliti gli elementi costitutivi dell'attività di direzione e coordinamento, l'indagine sarà orientata ad un approfondimento della presunzione di esercizio di tale attività, e della sua possibile prova contraria, ovvero dei casi in cui la società o ente che si trovino nella situazione prevista dalla norma, possano superare la presunzione, dimostrando che, pur in presenza di un loro obbligo di consolidamento dei bilanci o di una situazione di controllo ex art.2359 cod. civ., non vi sia ciò nonostante alcuna direzione unitaria dell'impresa.

Tale indagine, consentirà di mettere in luce, sulla base dell'orientamento della dottrina e dalla giurisprudenza, in che modo tale presunzione di direzione o coordinamento possa essere superata nei casi previsti dalla norma, ed anche le difficoltà e i ridotti margini di applicazione che l'esercizio della prova contraria incontra nell'esperienza concreta, non solo perché si tratta di una prova negativa, già quindi solo per questo non agevole, ma anche in ragione della mancanza di una definizione legislativa della stessa attività di direzione e coordinamento.

PARTE PRIMA

L'ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

1. La riforma del diritto societario del 2003

La riforma del diritto societario, introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n.6, ha previsto un insieme di norme dirette a disciplinare l'attività di direzione e coordinamento per cercare di regolamentare gli aspetti più controversi in materia di gruppi di società.

Infatti, prima della citata riforma, nell'ordinamento italiano risultava assente una disciplina organica dei gruppi di società e, per sopperire a tale assenza, la dottrina e la giurisprudenza avevano cercato di elaborare una ricostruzione dei principi applicabili alla materia dei "gruppi di società", che risultava però frammentaria e aveva dato luogo a conclusioni non sempre coerenti.

La nozione di gruppo veniva infatti ricavata da alcune disposizioni speciali (ad esempio, la disciplina del gruppo creditizio o quella sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), che tuttavia non rappresentavano una disciplina organica della materia.¹

Il gruppo societario era trattato e considerato in modo unitario sotto il profilo economico, ma a questo non corrispondeva spesso un trattamento unitario sotto il profilo giuridico.²

¹ Si faceva riferimento in particolare all'art.3 del d.l. n.26/1979, convertito nella legge n.95/1979, che ha introdotto il principio della responsabilità degli amministratori della società capogruppo in solido con la società in amministrazione straordinaria; successivamente all'art. 90 del d.lgs. n.270/1999 che, nei casi di direzione unitaria di imprese, ha prevista la responsabilità degli amministratori della società che hanno abusato di tale direzione, in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente, per i danni cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite.

² Come evidenziato da F. Galgano - G. Sbisà in "*Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Libro quinto: Lavoro art. 2497-2497 septies - Direzione e coordinamento di società*", Zanichelli, seconda edizione, 20 "di fronte ai gruppi di società dell'economista sa di essere in presenza di una grande impresa e sia pure articolata in una pluralità di reparti" ma nel contempo "fra i giuristi, per contro, è alquanto diffuso il luogo comune secondo il quale il gruppo si risolve per il diritto nella mera pluralità delle società che lo compongono, e l'unità dell'impresa di gruppo è una unità

La giurisprudenza aveva infatti dato una rappresentazione sul piano economico del gruppo di società stabilendo che “la figura del gruppo di società costituisce nel nostro ordinamento giuridico una formula descrittiva di un fenomeno di natura meramente economica, giuridicamente rilevante soltanto nelle materie espressamente regolate da specifiche disposizioni di legge e per fini di queste previsioni”.³

Esisteva infatti prima della riforma del 2003 una concezione dei gruppi di società che la dottrina ha definito “atomistica”, in base alla quale ogni singola società era considerata in modo autonomo, con un proprio oggetto sociale da perseguire, distinto dalle altre.

In sostanza esisteva una netta contrapposizione tra l’unità economica dei gruppi di società, e la mancanza invece di una loro considerazione e regolamentazione unitaria sul piano giuridico.⁴

Questa impostazione era risultata pertanto inadeguata a disciplinare il fenomeno economico dei gruppi di società, soprattutto in presenza di *holding* che sempre più spesso nell’esperienza concreta assumevano la funzione di direzione e coordinamento delle altre società partecipate, dando luogo a problematiche difficilmente risolvibili con gli strumenti a disposizione.

Autorevole dottrina aveva criticato questa impostazione sostenendo la necessità di una interpretazione delle norme che tenesse conto dell’esistenza del gruppo come entità non solo economica, ma anche giuridica.⁵

Anche la giurisprudenza aveva affrontato il tema dei gruppi di società, escludendo che la direzione unitaria, tipica delle aggregazioni di gruppo, pur in assenza di specifica previsione normativa, non adempia ad una funzione meritevole di tutela

meramente economica di regola irrilevante per il diritto, salvo che espresse norme di legge non diano, eccezionalmente, rilievo unitario al gruppo”.

³ Cfr. Corte App. Roma, 1 luglio 1985 in *Foro It.*, 1986, I, 781.

⁴ Successivamente si è fatta strada anche nelle decisioni della giurisprudenza una concezione più sostanzialistica di impresa, basata sul principio della prevalenza dell’unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese che ne fanno parte (cfr. in tema di reati ambientali commessi da gruppi di società: T.A.R. Abruzzo, Sez. I, Pescara, 30 aprile 2014, n.204, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2014, 5, 582).

⁵ Sul punto F. Galgano - G. Sbisà, op.cit., 21, il quale afferma che la considerazione unitaria del gruppo di società sotto il profilo economico e giuridico avrebbe dovuto costituire una guida per l’interprete.

sul piano dell'autonomia negoziale o sia contraria a regole inderogabili vigenti nel diritto societario.⁶

Per tali ragioni vi è stata l'esigenza di una riforma organica della materia.

Nella Relazione illustrativa alla riforma del diritto societario si precisa infatti che “come noto, la vigente disciplina del codice civile poco o nulla considera il fenomeno del gruppo, fenomeno, d'altro canto, estremamente importante e attuale, nonché oggetto di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale”.

La legge delega n.366 del 3 ottobre 2001 ha quindi affidato al Governo il compito di “disciplinare i gruppi di società secondo principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti”.⁷

Tuttavia, nell'attuazione della delega, si è ritenuto opportuno prescindere da una definizione del gruppo⁸, sia a causa delle innumerevoli definizioni esistenti, sia in considerazione del fatto che qualsiasi nozione sarebbe stata inadeguata rispetto alla continua evoluzione del fenomeno in termini economici e giuridici.⁹

⁶ Così Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n.1439, che ha affrontato anche il tema della società *holding* stabilendo che la stessa pur non esercitando direttamente una attività di produzione e scambio di beni e servizio poteva comunque essere qualificata come società commerciale.

⁷ L'art.10 della legge delega n.366/2001 ha espressamente stabilito che “La riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

- 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;
- prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo siano 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 sussistono le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto”.

⁸ In particolare, nella Relazione illustrativa alla riforma del diritto societario si precisa che “Nell'attuare la delega, all'art. 2497 si è innanzi tutto ritenuto non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, e per due ragioni: è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica.”

⁹ Sul punto anche F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 4: “è significativo che i nuovi artt.2497-2497-septies, ... non enuncino neppure il concetto di gruppo di società ..., volendo con ciò sottolineare che il gruppo non è una realtà creata dal diritto, ma è invece una realtà da essa trovata, e dalla quale prendere in considerazione quegli specifici aspetti, in primo luogo la direzione e il coordinamento di una società o di un ente su altre società, sui quali intervenire con norme protettive degli interessi che possono essere pregiudicati”.

2. La mancanza di una definizione dell'attività di direzione e coordinamento

La riforma del diritto societario ha così introdotto nel nostro ordinamento un insieme di norme, contenute negli artt.2947 e segg. cod. civ., dirette a regolare la gestione dei gruppi di società secondo principi ispirati alla trasparenza (prevedendo ad esempio la pubblicità mediante iscrizione nel registro delle imprese a cura degli amministratori della società sottoposta alla direzione e coordinamento) e un sistema di tutela rafforzato dei soci e dei creditori sociali della società soggetta a direzione e coordinamento.

Il legislatore, tuttavia, non ha dato alcuna definizione neppure dell'attività di direzione e coordinamento.

Infatti, l'art.2497 cod. civ. prende in considerazione e disciplina soltanto l'ipotesi di responsabilità da direzione e coordinamento, prevedendo 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”.¹⁰

Si è trattato di una innovazione importante, perché prima della riforma del diritto societario l'orientamento seguito dalla giurisprudenza era nel senso di fondare una eventuale responsabilità della capogruppo sulla norma generale di cui all'art.2043 cod. civ., e ciò richiedeva la dimostrazione che a causa delle direttive impartite dalla capogruppo la società controllata era rimasta inadempiente nei confronti dei propri

¹⁰ È stato precisato in particolare che gli elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2497 cod. civ. sono rappresentati da:

- a) l'attività di direzione e coordinamento;
- b) la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale;
- c) l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui;
- d) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società;
- e) il nesso di causalità.

In questo senso, S. Bertolotti e L. Scaccaglia “*Responsabilità da direzione e coordinamento: un itinerario di giurisprudenza*”, in *Le Società*, 1/2022, 97 e segg..

creditori, ovvero che le azioni dei soci di minoranza avevano subito un decremento di valore.

Dal contenuto del primo comma della norma deriva in primo luogo che -come peraltro confermato dalla Relazione al d.lgs. n.6/2003- il legislatore ha considerato l'attività di direzione e coordinamento del tutto legittima (se svolta comunque nel rispetto di una corretta gestione societaria), considerando lo svolgimento di tale attività naturale e fisiologico da parte delle imprese che si trovino nella situazione di poterla esercitare.

Prova ne è che l'art.2497 cod. civ. precisa che “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 norma è riferita ai cc.dd. “vantaggi compensativi” che possono eliminare la responsabilità (tema che sarà affrontato nella successiva Parte Seconda).

La Relazione sul punto precisa che: “si è altresì ritenuto che l'esercizio di una tale attività sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizione di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri. Sotto altro aspetto, però, l'esercizio di questa attività solleva delicati problemi quando chi la esercita sia portatore di interessi non omogenei con gli interessi tipicamente societari degli altri soci della controllata”.

Si è partiti dunque dalla considerazione che tale attività sia del tutto legittima, ma che essa trovi quale unico limite nel fatto che il suo esercizio debba corrispondere a criteri di corretta gestione societaria e non debba quindi essere ad esclusivo beneficio degli interessi della società controllante ed andare a svantaggio della società controllata.¹¹

Si ritiene che il riferimento ai principi di corretta gestione abbia il significato di imporre “alla *holding* l'obbligo di adottare, nell'esercizio dei propri poteri di direzione unitaria, strategie e politiche imprenditoriali che tengano conto delle conseguenze che ogni direttiva o ordine può avere sulle singole società eterodirette e attuino un giusto

¹¹ Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *Le Società* 12/2015, 1377 e segg. con commento di G.M. Zamparetti.

contemperamento tra gli interessi del gruppo e quelli della società che lo compongono”.¹²

Peraltro, la scelta del legislatore della riforma di considerare soltanto l’ipotesi della responsabilità (cioè l’ipotesi che l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento sia svolta in violazione dei principi di corretta gestione), senza individuare una disciplina positiva di tale attività, va ricercata nell’estrema difficoltà di poter analiticamente descrivere tutte le situazioni che possono verificarsi in concreto.¹³

Va segnalato per completezza che la disciplina della direzione e coordinamento introdotta dalla riforma del diritto societario contiene anche ulteriori norme dirette ad una maggiore trasparenza e tutela dei soci di minoranza e dei terzi in genere, costituite dalla previsione: (i) di un regime di pubblicità di cui all’art.2497 *bis* cod. civ., (ii) della motivazione delle decisioni di cui all’art.2497 *ter* cod. civ., (iii) del diritto di recesso in favore dei soci di cui all’art.2497 *quater* cod. civ. e (iv) del regime dei finanziamenti di cui all’art.2497 *quinquies* cod. civ..¹⁴

Vi è poi la previsione della presunzione di direzione e coordinamento di cui all’art.2497 *sexies* cod. civ., che costituirà oggetto del presente elaborato, insieme alla ulteriore fattispecie di direzione unitaria prevista dall’art.2497 *septies* cod. civ..

La mancanza di una definizione positiva dell’attività di direzione e coordinamento ha reso pertanto necessaria una interpretazione da parte della dottrina e della giurisprudenza dei presupposti che possono configurare tale attività, ai fini dell’applicazione della responsabilità prevista dall’art.2497 cod. civ. nonché dell’intera disciplina prevista nel Capo IX del cod. civ., tra cui anche l’art.2497 *sexies*

¹² Cfr. S. Bertolotti e L. Scaccaglia, op. cit., 104.

¹³ Secondo un’autorevole dottrina “la legge, tuttavia, neppure dei caratteri di tali attività offre una definizione e per le modalità del suo esercizio fa, nell’art.2497 c.c., solo un richiamo ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. La scelta sembra opportuna dal momento che la gamma di situazioni che a queste nozioni si possono ricondurre è senza dubbio ampia e legata a circostanze da verificare in concreto”. D. Corapi “*La prova dell’esercizio di attività di direzione e coordinamento di società*” in *Le società* 12/2015, 1405 e segg., commento alla sentenza del Tribunale di Mantova del 16 ottobre 2014.

¹⁴ Per una completa analisi della previsione di un obbligo di trasparenza delle decisioni ex art 2497 *ter* cod. civ. G. Scognamiglio “*Motivazione delle decisioni del governo del gruppo*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, 757.

cod. civ. in tema di prova contraria, che costituisce in particolare oggetto di approfondimento nel presente elaborato.

La questione dell'assenza di una disciplina positiva dell'attività di direzione e coordinamento risulta infatti rilevante perché va ad incidere anche sul concreto esercizio della prova contraria nei casi in cui l'art.2497 *sexies* cod. civ. stabilisce una presunzione a carico del soggetto tenuto per legge al consolidamento dei bilanci o che comunque eserciti il controllo ai sensi dell'art.2359 cod. civ..

Su questo punto si tornerà nella trattazione della Parte Seconda.¹⁵

3. Elementi costitutivi dell'attività di direzione e coordinamento individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza

Pur in assenza di una definizione legislativa, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato gli elementi costitutivi della attività di direzione e coordinamento, che costituiscono il presupposto per l'applicazione della disciplina contenuta negli articoli 2947 e seguenti cod. civ., ed in particolare del principio di responsabilità che la normativa prevede a tutela di soci di minoranza e creditori sociali, quando vi siano anche le altre condizioni necessarie.

Va prima di tutto precisato che l'attività di direzione e coordinamento non coincide con l'esercizio delle situazioni che sono tipiche del controllo societario ex art.2359 cod. civ., argomento che sarà affrontato in modo più approfondito nei successivi paragrafi della Parte Seconda.

Anche secondo la giurisprudenza antecedente alla riforma del diritto societario: "La direzione unitaria si differenzia dal semplice controllo, in quanto quest'ultimo

¹⁵ Per completezza, si segnala che il tema della definizione di gruppo è stato recentemente affrontato in sede di modifica del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (decreto legislativo del 12 gennaio 2019 n.14, modificato ed aggiornato dal decreto legislativo 17 giugno 2022 n.83). In particolare, nell'art.2 relativo alle definizioni, è stata introdotta la lett. h) che testualmente descrive il "gruppo di imprese" come "l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto".

costituisce una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante, mentre per l'esistenza del gruppo è necessario l'esercizio effettivo di detta potenzialità".¹⁶

Secondo la dottrina e la giurisprudenza direzione e coordinamento e controllo costituiscono fattispecie del tutto distinte.

Il controllo infatti costituisce uno dei presupposti per l'esercizio di una attività di direzione e coordinamento, ma da solo non sufficiente ad integrarla, essendo necessaria la presenza di ulteriori elementi di fatto relativi alla effettiva gestione della società controllata.

La dottrina afferma infatti che "una volta stabilito che si è in presenza di un gruppo soggetto a direzione unitaria, di per sé assolutamente legittima e, di regola, utile ed opportuna, il diverso problema dell'esistenza delle responsabilità previste dall'art.2497 cod. civ. dipende dall'accertamento degli elementi costitutivi di questa fattispecie tipica".¹⁷

Secondo la giurisprudenza, infatti, perché sussista la direzione e coordinamento "non è sufficiente il controllo statico della società sottoposta, ma è necessaria un'attività di significativo e determinante condizionamento dell'autonomia gestionale della società controllata, concretantesi nell'esercizio di un insieme di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conclusione degli affari sociali".¹⁸

E' stato ulteriormente precisato che "l'attività di direzione e coordinamento costituisce un'attività di fatto, giuridicamente rilevante, che si esprime principalmente come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestorie degli amministratori della società eterodiretta che ne sono i naturali referenti e destinatari; perciò per attività di direzione e coordinamento deve intendersi l'esercizio in concreto di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali; si tratta

¹⁶ Cfr. la già citata Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439.

¹⁷ In questo senso F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 110.

¹⁸ Trib. Mantova, Sez. II, 16 ottobre 2014, sentenza cit., con commento di D. Corapi, nonché Trib. Milano, 10 novembre 2014, sentenza cit..

dell'espressione di un potere di ingerenza che si esplica attraverso un flusso costante di istruzioni impartite alla società eterodiretta che si traspongono in decisioni dei suoi organi".¹⁹

Si è inoltre affermato in modo sostanzialmente conforme che l'attività di direzione e coordinamento è costituita da un "esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali".²⁰

L'attività di direzione e coordinamento, e la responsabilità che può da essa derivare in base alle norme sopra richiamate, prescinde pertanto dall'esistenza del controllo²¹, essendo realizzata attraverso un "esercizio effettivo del potere di una società di dirigere e coordinare altre società secondo un progetto unitario, con la precisazione che questo obiettivo può essere raggiunto mediante un coordinamento e non necessariamente un accentramento di una o più delle funzioni essenziali dell'impresa dipendente, quali, in primo luogo, la finanza e inoltre le vendite, gli acquisti e il personale".²²

La fattispecie quindi trova il suo presupposto nel concreto ed effettivo esercizio di tale attività, attraverso atti di gestione giuridicamente rilevanti, mediante i quali si influenzano o si determinano le scelte degli amministratori della società che a tale attività è sottoposta.²³

L'attività che viene in considerazione ai fini dell'applicazione dell'art.2497 cod. civ. è quindi solo quella che interferisce con la gestione dell'impresa.²⁴

¹⁹ Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2014, sentenza citata.

²⁰ Sul punto P. Montalenti "*Direzione e coordinamento dei gruppi societari: principi e problemi, in Società per Azioni, corporate governance e mercati finanziari*", Milano, 2011, 234.

²¹ La giurisprudenza ha ritenuto applicabile la responsabilità alle società di gestione del risparmio, considerando che, sebbene la titolarità sostanziale delle partecipazioni sia riferibili ai fondi di investimento, sussiste la loro capacità di agire ex art. 36 TUF con riferimento ai beni inclusi nei fondi", Trib. Milano, 9 gennaio 2018, in *Notariato*, 2019, 59.

²² U. Morera, G. Olivieri, M. Perassi, G. Presti e F. Vella "*Il diritto delle società*", Associazione Disiano Preite, terza edizione, 413.

²³ Anche nella stessa Relazione di accompagnamento al d. lgs. n.6/2003 si precisa chiaramente che presupposto della disciplina è "il fatto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento".

²⁴ Cfr. Trib. Milano, 27 febbraio 2019, in *Le Società*, 2019, 999.

E' stato inoltre precisato che deve trattarsi di una attività dinamica, attraverso cui viene esercitata o influenzata in modo determinante la gestione effettiva della società che è ad essa sottoposta.²⁵

La varietà delle situazioni possibili è molto vasta, e per questo secondo la dottrina la scelta del legislatore di non indicare le sue modalità di attuazione è stata opportuna.²⁶

Anche la giurisprudenza ha precisato che la direzione unitaria costituisce un'attività di fatto che si manifesta in modo multiforme e che in particolare "detto potere di ingerenza non consiste in forme tipiche e ricorrenti (come è, invece, ad esempio, per l'attività del consiglio di amministrazione, come si evince ex art.2388 c.c.) ma assume connotati multiformi, esso si può esprimere con le modalità più svariate (dal colloquio tra presenti, al colloquio telefonico, alla mail, al fax, al verbale al c.d.a., etc.) (Trib. Milano 20.1.2013), che, ovviamente, molto dipendono dalla circostanza che gli organi amministrativi della *holding* e della società eterodiretta siano composti in maggioranza dalle stesse persone, nel qual caso l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento assumerà connotati particolarmente informali, non essendo necessaria comunicazione intersoggettiva, ed invece traducendosi automaticamente la volontà della società dirigente in seno all'organo gestorio della società diretta".²⁷

In conclusione, può essere affermato che l'attività di direzione e coordinamento presa in considerazione dalle norme in esame si riferisce ad una attività svolta

²⁵ Sul punto M. Lamandini "Commento all'art.2497 sexies; le fusioni transfrontaliere, *Le Società per azioni codice civile e norme complementari*", diretto da P. Abbadessa - G. Portale, Giuffrè, 2016, 3132 e segg che evidenzia la necessità di "un *quid pluris* sintomatico di un'ingerenza gestionale effettiva nell'attività di impresa".

La giurisprudenza ha altresì ritenuto che per l'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento non è sufficiente l'indicazione da parte della società controllante di sporadiche direttive, ma è necessaria una sequenza di atti ripetuti nel tempo. Cfr. Trib. Pescara 2 febbraio 2009, in *Foro It.* 2009, I, 2828 e segg.; Trib. Palermo 3 giugno 2010, in *Foro It.* 2011, I, 931 e segg.; Trib. Palermo 15 giugno 2011, in *Foro It.*, 2011, I, 3187 e segg. nel quale si precisa che "deve trattarsi di un'azione costante, reiterata e continua".

²⁶ D. Corapi, commento. cit, 1409.

²⁷ Trib. Milano, 10 novembre 2014, sentenza cit.. La sentenza richiamata ha altresì precisato che: "l'attività di direzione e coordinamento non ha carattere necessariamente unitario e globale rispetto a tutte le società del gruppo e a tutti i comparti, potendo riguardare singole società e specifiche aree di attività (finanziaria, produttiva, commerciale) della società eterodiretta. Inoltre, essa non promana necessariamente dal soggetto che si trova al vertice del gruppo di società, ben potendo direttive rilevanti ai sensi dell'art.2497 c.c. scaturire da qualunque società facente parte della catena di controllo".

dall'esterno nei confronti di chi gestisce la società, di tale intensità da influenzarne le scelte di gestione e la conduzione degli affari.

L'attività di direzione e coordinamento non dipende dalla presenza di indici formali, perché ciò che conta è il suo esercizio in concreto.²⁸

Va segnalato tuttavia che, secondo la dottrina, si è in presenza di un potere giuridico e non di fatto.²⁹

Infatti la direzione unitaria si distingue dall'amministrazione di fatto della società controllata perché la società controllante non agisce compiendo direttamente atti di gestione della società controllata, ma, come detto, influenza o determina le scelte degli amministratori di quest'ultima.³⁰

Tale attività può svolgersi al di fuori di schemi tipici e preventivamente determinabili che secondo autorevole dottrina "tranne in marginali casi patologici sfuggono ad una specifica disciplina, ma anche ad ogni possibilità di adeguata conoscenza"³¹, con l'unico limite che il suo svolgimento comporta una responsabilità quando non corrisponde al rispetto dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" e si traduce in un abuso nei confronti della società che è ad essa soggetta e in un danno per i suoi soci e creditori.³²

²⁸ Sulla natura fattuale del potere di direzione unitaria, cfr. Cass. Civ., Sez. I, 14 ottobre 2010, n.21250, in *Foro it.*, 2012, I, I, 247, che definisce il c.d. "gruppo orizzontale" ritenendolo "ravvisabile quando più imprese, pur in assenza di vincoli partecipativi o contrattuali tra le stesse, svolgano una attività coordinata e interdipendente in base all'indirizzo unitario derivante dall'identità dei loro amministratori dirigenti e soci".

²⁹ Così G. Scognamiglio, op. cit..

³⁰ Trib. Milano, 2 dicembre 2013, in *Le Società*, 2014, 560.

³¹ Così F. Galgano - G. Sbisà, op.cit., 103.

³² Secondo la giurisprudenza "Integra l'ipotesi di attività di direzione e coordinamento abusiva ed illegittima la condotta della società controllante che, nel momento in cui la controllata si trovi in condizioni di insolvenza tali da poterne comportare lo scioglimento, acquisti il principale *asset* della stessa a prezzo di liquidazione, mutando la composizione qualitativa del patrimonio della controllata a proprio vantaggio e con pregiudizio dei creditori, oltre ad aver ottenuto la cessione di crediti per importi ingenti e ad aver agito per separare l'azienda della controllata con gravi difficoltà per la prosecuzione dell'attività, comportamenti che si pongono in contrasto con il principio di conservazione del patrimonio sociale, della *par condicio creditorum*, nonché dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria" cfr. Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 3 aprile 2015.

4. Indici rilevatori di un'attività di direzione e coordinamento

Una volta precisato che ai fini della applicazione delle norme in esame ciò che rileva è il concreto svolgimento di una attività di direzione e coordinamento, cioè il fatto del suo esercizio in concreto, indipendentemente dalla presenza di indici formali o particolari rapporti tra le società, appare tuttavia utile considerare che tale attività si realizza nella prassi all'interno dei "gruppi" di società, rappresentando lo strumento attraverso cui si realizza la convergenza degli interessi tra le singole imprese e la direzione unitaria sotto il profilo economico.

In particolare, l'attività di direzione e coordinamento si realizza nella prassi concreta in modo differente a seconda del contesto nel quale ci si trovi ad operare.

a. Nei cc.dd. "gruppi verticali" tale attività si realizza in genere attraverso la definizione da parte della *holding* di linee strategiche, nonché di programmi finanziari e produttivi del gruppo.

Spesso avviene che la società controllante approvi preventivamente i budget annuali delle singole società sottoposte al suo controllo e i piani strategici, industriali e finanziari.

Risultano inoltre manifestazione dell'esercizio di una direzione unitaria le decisioni attraverso cui la società capogruppo può determinare la vita della società coordinata, stabilendo, ad esempio, la necessità della sua preventiva autorizzazione per porre in essere operazioni societarie di acquisizione o trasformazione, ovvero per richiedere finanziamenti o comunque per tutte le operazioni di maggiore rilevanza economica e patrimoniale.

Altri esempi comuni possono essere la definizione da parte della stessa *holding* di *policy* di gruppo delle regole per l'acquisto di beni e servizi, per la gestione ed assunzione del personale e per la gestione dei rapporti con le istituzioni.

Altra manifestazione di una direzione unitaria è rappresentata ad esempio dalla possibilità di costituire una tesoreria accentrata per una più efficiente gestione dei flussi finanziari finalizzata a ridurre i costi nei confronti del sistema bancario.³³

Un ulteriore indice comunemente presente nei gruppi verticali è dato dalla composizione degli organi amministrativi e di controllo delle società; in particolare, quando il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale siano identici ovvero composti in parte dalle stesse persone.³⁴

b. Secondo la giurisprudenza è configurabile anche il c.d. “gruppo orizzontale”, ravvisabile quando più imprese, anche in assenza di vincoli partecipativi, svolgano una attività coordinata per il perseguimento di un comune progetto o interesse economico; così ad esempio è stata considerata legittima la prestazione da parte di una delle imprese di una garanzia a titolo gratuito a favore di altra impresa, proprio perché in ragione degli interessi del gruppo tale prestazione di garanzia risponde ad un interesse economico ritenuto apprezzabile anche per la garante.³⁵

Su tale argomento si tornerà nella successiva Parte Seconda, nella parte in cui sarà esaminata la disciplina dell’art.2497 *septies* cod. civ..

c. La direzione unitaria può anche essere conseguenza di accordi contrattuali.

In questo caso, l’influenza della società dominante non viene esercitata nell’assemblea della società sottoposta al suo coordinamento, ma va ad incidere sulla attività in ragione di particolari vincoli contrattuali.

Per questa ragione, l’art.2497 *sexies* cod. civ. (che sarà successivamente esaminato sotto il profilo della presunzione e della prova contraria), nel definire come si applica tale presunzione ha fatto riferimento all’art.2359 cod. civ., che ricomprende sia il caso di una influenza determinata da una partecipazione maggioritaria o

³³ Questa ipotesi è stata esaminata dal Tribunale di Milano che, con la già citata sentenza del 10 novembre 2014, ha stabilito che “la realizzazione di una tesoreria accentrata in capo ad una delle società del gruppo non rappresenta in sé una violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, dovendosene valutare in concreto le modalità di funzionamento anche alla luce dei vantaggi compensativi derivanti alla singola società dall’appartenenza al gruppo”.

³⁴ Sul punto Trib. Verona 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, n.1385 che ha individuato l’esistenza di una direzione unitaria di due società sulla base della identica composizione dell’organo amministrativo e di controllo.

³⁵ Così la citata Cass. Civ., Sez. I, 14 ottobre 2010, n.21250.

comunque rilevante, sia l'ipotesi di una influenza dominante determinata da vincoli contrattuali.

Anche questo argomento sarà trattato in modo più approfondito nella successiva Parte Seconda, insieme alla presunzione di direzione e coordinamento e alla prova contraria.

Va tuttavia subito precisato che secondo la giurisprudenza per aversi una situazione di influenza dominante derivante da vincoli contrattuali è necessaria una effettiva situazione di oggettiva dipendenza economica.

La Corte di Cassazione ha infatti stabilito che “sussiste una situazione di controllo esterno per influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali in presenza di rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata”.³⁶

Tale situazione può essere riscontrata in concreto solo qualora il vincolo contrattuale sia essenziale per la vita della società e questa non possa procurarsi analoghi rapporti nello stesso settore di mercato, ovvero quando il contratto preveda il potere della parte dominante di imporre alla controparte determinati requisiti societari (ad esempio, una determinata struttura finanziaria, requisiti patrimoniali minimi).³⁷

L'art.2947 *septies* cod. civ., che costituisce una norma di chiusura dell'argomento trattato, prevede infine l'applicabilità delle norme sulla direzione e coordinamento, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art.2947 *sexies* cod. civ., nel caso di coordinamento tra società.

³⁶ Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2001 n.12094.

³⁷ In tal senso S. Bertolotti e L. Scaccaglia, op. cit., 102.

PARTE SECONDA

LA PRESUNZIONE DI ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO EX ART.2497 SEXIES COD. CIV.

1. Il consolidamento dei bilanci e il controllo ex art.2359 cod. civ.

Anche se, come si è visto, l'attività di direzione e coordinamento può prescindere da qualsiasi collegamento formale tra imprese, l'art.2497 *sexies* cod. civ. fornisce una serie di criteri per configurare tale attività di direzione unitaria che è alla base della disciplina dei gruppi di imprese.

La norma, infatti, ha introdotto un sistema di presunzioni relative, salvo prova contraria, che operano all'interno dei gruppi nei casi in cui vi sia l'obbligo di consolidamento dei bilanci, ovvero vi sia una ipotesi di controllo societario ex art.2359 cod. civ..

Il consolidamento e il controllo previsti dall'art.2359 cod. civ. costituiscono due situazioni diverse, perché la prima richiede che vi sia una attività economica omogenea tra le società che consente la redazione di un bilancio consolidato, mentre nella situazione di controllo questa omogeneità può mancare.

La *ratio* della norma è che, anche sulla base dell'esperienza concreta, si considera naturale e fisiologica l'interferenza nella gestione della società controllata da parte di chi ha il potere di farlo, e questa costituisce di norma espressione delle politiche e delle strategie imprenditoriali all'interno dei gruppi di società.

Di qui la previsione di tale presunzione relativa, ricollegata dalla norma alle situazioni in cui vi sia obbligo di consolidamento dei bilanci, o controllo ex art.2359 cod. civ..

Si ritiene opportuno analizzare le due ipotesi nelle quali la suddetta presunzione opera.

1.1 Il consolidamento dei bilanci

Per la prima ipotesi, cioè quella dell'obbligo di consolidamento dei bilanci, occorre fare riferimento alla disciplina del d.lgs. 9 aprile 1991, n.127.

La funzione del bilancio consolidato è quella di rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria “del complesso delle imprese costituito dalla controllante e dalle controllate” (come previsto dall'art.29 del citato d.lgs. n.127/1991).³⁸

L'art.25 del citato d.lgs. n.127/1991 prevede infatti che: “Le società per azioni, in accomandita per azioni, e a responsabilità limitata che controllano un'impresa debbono redigere il bilancio consolidato secondo i criteri stabiliti dalle disposizioni e dagli articoli seguenti.

Lo stesso obbligo, hanno gli enti di cui all'art.2201 del codice civile, le società cooperative e le mutue assicuratrici che controllano una società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata”.

Va considerato che la nozione di controllo che la legge considera in base all'art.26 del citato d.lgs. n.127/1991 ai fini dell'obbligo del consolidamento dei bilanci è più ampia di quella prevista dall'art.2359 cod. civ. e ricomprende sia l'ipotesi in cui la controllante abbia per contratto o per clausola statutaria il diritto di esercitare sulla controllata una influenza dominante³⁹, sia quella in cui la controllante disponga della maggioranza dei diritti di voto nella assemblea della controllata in base ad accordi con altri soci.

Si fa riferimento al caso di sindacato di voto, in base al quale più soci, che formano insieme una maggioranza, possono attribuire ad uno di essi di decidere come esercitare il voto.

Il citato art.26 del d.lgs. n.127/1991 specifica inoltre che ai fini dell'applicazione della disposizione vanno considerati anche i diritti spettanti a società controllate, a

³⁸ È stato evidenziato dalla dottrina che il “complesso” di imprese è il gruppo di società, sebbene la legge non usi questa espressione; così F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 324.

³⁹ La dottrina ritiene che la previsione sia riconducibile ad una ipotesi regolata dal diritto tedesco ovvero il contratto di “dominazione” in forza del quale la controllata è assoggettata al formale dominio della controllante, ossia a eseguire le istruzioni che gli organi della controllante gli impartiscono. Se tratta quindi di una previsione che può trovare applicazione soltanto qualora la società controllata operi in base al diritto tedesco, dal momento che il nostro ordinamento non contempla questo tipo di contratto; si veda, F. Galgano - G. Sbisà, op.cit., 323, 324.

società fiduciarie e a persone interposte, mentre non si considerano quelli spettanti per conto terzi.⁴⁰

Sono tuttavia esentati dall'obbligo di redazione del bilancio consolidato i gruppi di piccole dimensioni che non abbiano superato per due esercizi consecutivi due dei seguenti limiti: a) 20.000.000 di euro nel totale degli attivi degli stati patrimoniali; b) 40.000.000 di euro nel totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni; c) 250 dipendenti occupati nella media durante l'esercizio (art.27 del d. lgs. n.127/1991).

Sono esentate inoltre da tale obbligo, se non hanno emesso titoli quotati sui mercati regolamentati, le controllanti che siano a loro volta controllate da società tenute alla redazione del bilancio consolidato, tranne il caso che la redazione del bilancio consolidato sia richiesta da soci rappresentanti il 5% del capitale sociale, ed anche le società controllanti che siano a loro volta sottoposte a controllo totalitario o pressoché totalitario, oltre il 95% del capitale sociale, a meno che non siano quotate sui mercati regolamentati.

1.2 Il controllo ai sensi dell'art.2359 cod. civ.

Per la seconda ipotesi, cioè il controllo societario, occorre fare riferimento all'art.2359 cod. civ. che è a tal fine richiamato dall'art.2497 *sexies* cod. civ..

Le ipotesi di controllo possono essere di varia natura.

Il controllo interno di diritto

Si considera controllata la società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Questa ipotesi disciplina il c.d. controllo interno di diritto, così definito perché basato su una partecipazione azionaria che attribuisce per legge la maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria, ovvero più del 50% del capitale sociale.

⁴⁰ È stato inoltre ritenuto che vi è obbligo di redigere il bilancio consolidato anche quando un ente pubblico economico abbia il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa -che abbia forma di società per azioni, in accomandita per azione o a responsabilità limitata- in virtù di una particolare clausola statutaria che consenta l'esercizio di tale influenza. Così P. Dal Soglio, in *"Il nuovo diritto delle società"* Volume 3, a cura di Alberto Maffei Alberti, 2430.

Questa prima situazione non dà luogo a particolari problemi interpretativi essendo basata su un fatto oggettivo, cioè la misura della partecipazione di maggioranza nella società controllata.⁴¹

Va sottolineato che la norma fa riferimento al fatto di disporre dei voti di maggioranza in assemblea.

Pertanto il controllo di diritto può essere presente non solo nella titolarità delle azioni o delle quote di una società nella misura necessaria, ma anche nel caso di titolarità di un diritto diverso dalla proprietà, come ad esempio l'usufrutto o il pegno delle azioni, da cui derivi comunque l'esercizio del voto in assemblea.

Secondo la norma, non si calcolano invece i voti spettanti per conto terzi, ma devono essere invece considerati gli accordi tra i soci, come i sindacati di voto, che siano idonei ad attribuire ad un socio la maggioranza, nonché i voti spettanti a società fiduciarie e a persone interposte.

Il controllo interno di fatto

Si considera inoltre controllata la società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare una influenza dominante nell'assemblea ordinaria.

Questa ipotesi rappresenta il c.d. controllo interno di fatto nelle ipotesi in cui il socio di controllo, pur non disponendo della maggioranza dei voti, è comunque in grado di condizionare l'assemblea.

Questo può avvenire in concreto, ad esempio, nelle società quotate nei mercati regolamentati, dove nelle assemblee ordinarie vi è normalmente un elevato numero di azionisti che non partecipano alla vita della società e alle assemblee, con la conseguenza che la titolarità di una quota rilevante del capitale può costituire presupposto per l'esercizio del controllo.

Questa ipotesi peraltro può determinare incertezze sulla effettiva esistenza di un'influenza dominante, che va accertata caso per caso; in assenza di una

⁴¹ Anche secondo la giurisprudenza “la titolarità del pacchetto di maggioranza è elemento sufficiente ad integrare la presunzione di direzione e coordinamento di cui all’art.2497 c.c.”. Cfr. Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022 n.402, in *Foro It.* 2022, 3, I, 1115.

partecipazione di maggioranza è infatti necessario verificare l'esistenza della influenza dominante nelle assemblee dei soci ed inoltre verificare che tale situazione si mantenga per un arco temporale significativo.

Secondo la giurisprudenza “mentre il controllo interno di diritto di una società su di un'altra è presunto in caso di maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, per dimostrare l'influenza dominante sulla base del controllo interno di fatto è indispensabile verificare in concreto l'andamento delle assemblee della partecipata per un arco temporale ragionevolmente significativo e valutare se vi sia stata una effettiva capacità di controllo da parte dell'asserita controllante”.⁴²

Ciò in particolare può avvenire quando il capitale sociale è molto parcellizzato o si registri un costante assenteismo dei soci nella partecipazione alle assemblee, di modo che anche un socio detentore di una partecipazione consistente ma non maggioritaria, possa essere in grado di esercitare nella società un'influenza dominante.⁴³

Il controllo esterno

Si considerano, inoltre, società controllate le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società per effetto di particolari e specifici vincoli contrattuali con la stessa.

Questa ipotesi disciplina il c.d. controllo esterno che non si basa su un controllo azionario, che può essere anche del tutto assente, ma su vincoli che possono derivare da rapporti contrattuali.

Secondo la dottrina, tali vincoli possono ad esempio derivare da contratti di agenzia, di commissione, di concessione di vendita, di licenza, di produzione o di commercializzazione “che pongano la società agente o commissionaria o concessionaria o licenziataria in una condizione di dipendenza economica e ne

⁴² Cfr. Trib. Venezia, 8 marzo 2011, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, 2, II, 223.

⁴³ Cfr. Trib. Venezia, 10 febbraio 2011.

facciano una società satellite della società preponente, o committente o concedente o licenziante”.⁴⁴

L’argomento è stato già affrontato in modo sintetico nella Parte Prima per descrivere i possibili indici rilevatori esterni di un’attività di direzione e coordinamento. In questo paragrafo si vuole invece approfondire gli elementi costitutivi del controllo esterno di fatto, anche per evidenziare quale sia il loro collegamento con la presunzione di direzione e coordinamento.

Va peraltro sottolineato che il controllo esterno di fatto può essere configurato solo in presenza di vincoli contrattuali di particolare intensità, tali da determinare una situazione di dipendenza della società sottoposta a tali vincoli, che può dirsi equivalente al controllo interno.

Deve cioè trattarsi di rapporti contrattuali la cui permanenza rappresenti una condizione essenziale per la vita della società controllata.

Secondo la giurisprudenza “la configurabilità del controllo esterno di una società su di un’altra e la conseguente presunzione di direzione e coordinamento esercitata dalla prima nei confronti della seconda postulano l’esistenza di rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata”⁴⁵, ed inoltre deve trattarsi “di un condizionamento oggettivo ed esterno dell’attività sociale, che sussiste indipendentemente da chi nomina o può revocare gli amministratori, essendo l’attività economica stessa, in quanto tale ad essere condizionata dalla relazione di controllo”.⁴⁶

Sulla base di questi principi, la giurisprudenza ha inoltre stabilito che per la configurabilità del controllo esterno di fatto non è sufficiente l’esistenza di rapporti contrattuali continuativi che comportino ad esempio la fornitura di beni o di servizi.

La giurisprudenza ha sul punto precisato che “Nonostante la reiterazione di rapporti negoziali aventi il medesimo oggetto (fornitura di beni e di servizi) sia

⁴⁴ Così F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 326.

⁴⁵ “Nella specie, il Tribunale ha escluso che ricorra tale presupposto qualora il contratto di concessione di vendita tra due società non preveda alcuna esclusiva e lasci al distributore una notevole autonomia quanto alle attività di vendita e di marketing”; cfr. Trib. Palermo, 3 giugno 2010, in *Foro It.*, 2011, 3, I, 931.

⁴⁶ Cfr. Corte App. Milano, Sez. I, 22 luglio 2020, n.1949.

sintomatica di una posizione contrattuale forte di una società rispetto ad un'altra, ciò non è di per sé sufficiente per configurare la fattispecie di controllo esterno in quanto la legge richiede che i rapporti contrattuali che generano quel controllo siano “particolari” ovvero che, sulla base di essi, la società controllata non possa autonomamente determinare le proprie scelte strategiche in ordine allo svolgimento della propria attività imprenditoriale. L'atteggiarsi di rapporti negoziali, per integrare la fattispecie del controllo esterno, deve generare la traslazione all'interno della società del potere di direzione dell'attività sociale, ma ciò non si verifica sulla base della sola reiterazione nel tempo di più ordini”.⁴⁷

Le cc.dd. società a catena

Secondo la dottrina, infine, al controllo interno di diritto viene di fatto equiparato dall'art.2359, secondo comma, cod. civ. il controllo indiretto attuato per interposizione di altra società tra la controllata e la controllante (c.d. “società a catena”).⁴⁸

Si fa riferimento alle ipotesi in cui il controllo sia attuato mediante società fiduciarie allo scopo di nascondere la partecipazione di controllo, come ad esempio nel caso di partecipazioni detenute dalle cc.dd. società offshore, ovvero la partecipazione sia intestata a persone interposte, in genere persone fisiche (ad esempio, professionisti) che seguiranno le istruzioni dell'effettivo titolare delle partecipazioni.

2. Natura della presunzione prevista dall'art.2497 *sexies* cod. civ.

Una volta definite le fattispecie di consolidamento dei bilanci e di controllo è ora necessario approfondire il tema della presunzione che, in base all'art.2497 *sexies* cod. civ. è a tali situazioni collegato.

Secondo la definizione che ne dà l'art.2727 cod. civ. “le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato”.

⁴⁷ Cfr. Trib. Roma, Sez. III, 13 giugno 2016 n.11925.

⁴⁸ Sul punto, F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 327.

Come è noto, le presunzioni possono essere assolute “*iuris et de iure*”, cioè presunzioni legali che non ammettono una prova contraria, o relative “*iuris tantum*” che invece ammettono una prova contraria e prevedono di fatto solo una inversione dell’onere della prova.

Nel caso in esame siamo di fronte ad una presunzione relativa, come affermato dallo stesso art.2497 *sexies* cod. civ., che si è preoccupato di precisare che la presunzione in esame di direzione e coordinamento è suscettibile di prova contraria.

Il legislatore della riforma del diritto societario del 2003, come si evidenzia nella citata Relazione al d.lgs. n.6 del 2003, è partito dalla considerazione che l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento è “un fatto del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizione di farlo e che non implica né richiede il riconoscimento o l’attribuzione di particolari poteri” e che “Sotto altro aspetto, però, l’esercizio di questa attività solleva delicati problemi quando chi la esercita sia portatore di interessi non omogenei con gli interessi tipicamente societari degli altri soci della controllata”.⁴⁹

Anche la dottrina ha sottolineato che il possesso di partecipazioni in altre società in misura tale da poterne influenzare e dirigerne l’attività costituisce un elemento fisiologico dell’attività imprenditoriale che tuttavia non può risolversi in un pregiudizio per coloro (soci di minoranza o creditori della società controllata) che hanno interesse alla conservazione della sua integrità patrimoniale.⁵⁰

⁴⁹ Cfr. Relazione al d.lgs. n.6/2003, cit, paragrafo 13.

⁵⁰ G. Guizzi “*Diritto delle società, Manuale breve, Partecipazioni societarie e gruppi di società*”, 2015, 336 e segg.. Secondo l’autore l’esigenza di protezione dei soci di minoranza ha determinato un triplice tipo di intervento; il primo si sostanzia nella previsione di obblighi di pubblicità previsti dall’art.2497 bis cod. civ., che pone a carico della società che è soggetta al potere di direzione e coordinamento di attuare una speciale forma di pubblicità attraverso l’indicazione di tale situazione nella corrispondenza e attraverso iscrizione a cura degli amministratori presso sezione del Registro delle imprese. Il secondo si sostanzia in un obbligo di motivazione delle decisioni, stabilito dall’art.2497 ter cod. civ., secondo cui le decisioni della società soggetta a direzione e coordinamento “devono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”. Il terzo si sostanzia nel principio di responsabilità stabilito dall’art.2497 cod. civ. che prevede la responsabilità di chi esercita l’attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, e nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata alla integrità del patrimonio della società, prevedendo altresì che risponde in solido del danno “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.”

E' stato inoltre osservato che tale presunzione sarà di grande utilità per la prova dell'esistenza del gruppo e, in particolare, della direzione unitaria "specie in quei giudizi in cui l'attore sia particolarmente (e pericolosamente) lontano dai mezzi di prova, come i giudizi risarcitori ed indennitari previsti dall'art.2497, ove l'onere di allegazione e prova è particolarmente arduo per i soci di minoranza e i creditori delle società dipendenti".⁵¹

Nello stesso tempo, però, la previsione di una presunzione suscettibile di prova contraria dimostra che il legislatore fosse consapevole che il consolidamento dei bilanci e il controllo sono fattispecie non sempre sovrapponibili alla direzione e coordinamento.

Va segnalato che analoga presunzione è già prevista in relazione alle norme relative alla redazione del bilancio che distinguono all'art.2424 cod. civ. tra partecipazione di controllo -che sono immobilizzazioni finanziarie- da collocare in bilancio nell'attivo sub. B-III e partecipazioni di controllo che sono invece attivo circolante, da collocare in bilancio sub C-III.

Ai sensi dell'art.2424 bis, comma 2, cod. civ., le partecipazioni in società controllate o collegate si presumono immobilizzazioni, ovvero partecipazioni finalizzate ad esercitare un'influenza dominante sulla società controllata o una influenza notevole sulla società collegata e non meri valori di scambio, ossia partecipazioni acquistate in vista della loro successiva rivendita, nell'ambito di una operazione di *trading* oppure per una qualsiasi altra ragione di pura finanza, come ad esempio per influire sul loro valore o per investire liquidità.

Lo stesso art.28 del citato d.lgs. n.127/1991 inserisce tra i casi di esclusione del consolidamento l'ipotesi che le azioni e le quote siano possedute "esclusivamente allo scopo della successiva alienazione".

La previsione di tale presunzione è stata criticata da una parte della dottrina che ha in particolare rilevato come l'applicazione delle norme sulla direzione e coordinamento prescinda dall'esistenza di rapporti di controllo tra il soggetto

⁵¹ Cfr. P. Dal Soglio, op. cit., 2432.

dominante e le società dipendenti, essendo invece riconducibili ad una situazione di fatto.⁵²

Parte della dottrina ha in particolare criticato tale presunzione definendola “una disposizione quanto mai improvvida e poco razionale”, in quanto una presunzione può essere opportunamente introdotta quando il suo oggetto è un dato ben definito della realtà, in modo tale da consentire l’esatta individuazione del contenuto della prova contraria, mentre nel caso in esame, la situazione è molto diversa in quanto nel nostro ordinamento non esiste un unico modello di direzione unitaria, “potendo questa spaziare da una semplice attività di consultazione degli organi gestori delle entità aggregate alla previsione di generali programmi e di direttive di gruppo ovvero, nelle strutture più accentrate, a più penetranti ed incisive ingerenze nella gestione delle società partecipate ed in ipotesi limite fino all’assunzione da parte dei membri dell’organo gestorio della controllante del ruolo di amministratori di fatto della controllata”.⁵³

Del resto, alcune perplessità in merito alla presunzione dell’art.2497 *sexies* cod. civ. e alla sua concreta operatività si ritrovano anche nella Audizione di Confindustria presso le Commissioni riunite di Giustizia e Finanza della Camera dei Deputati del 21 novembre 2002, nella quale in particolare viene messo in evidenza che per la difficoltà di una prova contraria “la presunzione di fatto finisce per configurarsi come una presunzione *iuris et de iure*”.⁵⁴

In senso opposto alcuni autori hanno invece espresso apprezzamenti per la presunzione in esame, che prenderebbe atto in modo realistico di un dato comune nei gruppi gerarchici, sulla base di una constatazione basata sulla comune esperienza che vede sempre il controllo unito alla direzione e al coordinamento, di modo che la norma

⁵² Sul punto P. Dal Soglio, op. cit., 2431.

⁵³ A. Pavone La Rosa “*La riforma delle società di capitali, Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*”, in *Riv. delle Società*, 2003, 765 e segg.. L’autore, nel criticare la presunzione prevista dall’art.2497 *sexies* cod. civ., evidenzia ad esempio che nel caso previsto dall’art.67, comma 1, della legge fallimentare, la presunzione legale di conoscenza dello stato di insolvenza ai fini dell’azione revocatoria sia collegata ad atti o operazioni di gestione “anormali”, che sono precisamente indicati dalla norma stessa.

⁵⁴ Audizione di Confindustria presso le Commissioni riunite di Giustizia e Finanza della Camera dei Deputati del 21 novembre 2002, in *Riv. delle Società*, 2002, 1619 e segg..

come configurata consentirebbe ai soci di minoranza, ai creditori sociali e comunque ai soggetti estranei alla gestione del gruppo di superare difficoltà probatorie altrimenti difficili.⁵⁵

Sul piano pratico la presunzione non presenta particolari difficoltà o problemi nei casi di obbligo di consolidamento e di controllo interno di diritto (derivante dal possesso di una partecipazione maggioritaria) in quanto in questi casi la sua operatività è in effetti legata a elementi di fatto certi che non richiedono particolari verifiche.

Diversa è invece la situazione negli altri casi in cui il controllo, come definito dall'art.2359 cod. civ, derivi da un'influenza dominante (determinata dal fatto di disporre voti nell'assemblea della società dominata, ovvero da particolari vincoli contrattuali); in queste ipotesi quello che viene a mancare è la certezza del fatto noto attraverso cui poter risalire al fatto ignoto.

Le situazioni di controllo infatti in questi casi non risultano basate su elementi oggettivi, ma richiedono a loro volta una verifica in merito al fatto che la titolarità dei voti in assemblea o la presenza di una particolare situazione contrattuale determini una concreta influenza dominante.

Per questa ragione è stato osservato dalla dottrina che la presunzione di cui all'art.2497 *sexies* cod. civ. possa risultare una "presunzione nella presunzione, rilevando come -in particolare- il richiamo dell'art.2359 c.c., almeno nella parte in cui sembra riferirsi al cd controllo interno, dà luogo a sua volta ad una presunzione -per giunta, anche in tal caso suscettibile d'essere vinta da prova contraria- di esercizio di influenza dominante".⁵⁶

3. La prova contraria in presenza di controllo

Questione centrale nell'applicazione dell'art.2497 *sexies* cod. civ. è quella della prova contraria, cioè di come sia possibile superare la presunzione relativa di direzione

⁵⁵ Cfr. A. Niutta "Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt.2497 *sexies* e 2497 *septies* c.c.: brevi considerazioni di sistema", in *Giur. Comm.* 2004, I, 983 e segg..

⁵⁶ Cfr. A. Niutta, op. cit., 985.

e coordinamento nei casi in cui ricorrano le fattispecie di controllo che sono state illustrate nel precedente paragrafo 1.

A fronte della richiesta di un socio di minoranza o di un creditore della società controllata fondata su tale presunzione, per far valere la responsabilità della società controllante in relazione ad atti di gestione ritenuti non conformi ai principi di corretta gestione societaria, la società controllante può superare tale presunzione, che la norma indica come relativa, dimostrando di essersi limitata a gestire il proprio pacchetto di partecipazione senza alcuna influenza sulla gestione ed avendo quale oggetto una operazione di *trading* o di carattere finanziario.

Parte della dottrina ha peraltro sottolineato le oggettive difficoltà di tale prova contraria per le seguenti due ragioni.

La prima è che si tratta di una prova negativa.

Infatti la società che detiene il pacchetto di maggioranza non può limitarsi a dimostrare di aver svolto le attività che sono ricollegabili al controllo, cioè quelle finanziarie o di godimento della partecipazione, ma deve dimostrare -per superare la presunzione- di non aver svolto un'attività di direzione e coordinamento.⁵⁷

La seconda è che l'attività di direzione e coordinamento, come si è illustrato nella Parte Prima, non trova una precisa definizione legislativa, ma costituisce in sostanza un'attività di fatto che può essere svolta con molteplici modalità esecutive⁵⁸; non vi è cioè un "modello" uniforme di direzione e coordinamento.

Pertanto, la società capogruppo che si trovi nella situazione descritta dalla norma è tenuta a dimostrare di non aver svolto un'attività che non è tuttavia definita dalla legge, e che può esercitarsi attraverso modalità non precisamente individuate.

Questo determina una obiettiva difficoltà nel fornire tale prova, dovendosi anche considerare che, soprattutto nei gruppi di minor rilievo ovvero in quelli di carattere familiare, l'attività societaria può essere svolta in modo più informale, anche attraverso

⁵⁷ Cfr. P. Dal Soglio, op. cit., 2423 e 2424, secondo cui la difficoltà di tale prova contraria deriva dalla necessità di provare un fatto negativo, "vale a dire del non esercizio di attività di direzione e coordinamento, malgrado il contesto in cui le società hanno operato (l'area del consolidamento o comunque del controllo) sia quello più favorevole all'esercizio di un potere siffatto".

⁵⁸ Cfr. A. Pavone La Rosa, op. cit., 773 e segg., secondo cui "non esiste, invero, nella realtà socio-economica un modello unico di direzione unitaria ...".

contatti diretti personali o prassi di *governance*, con modalità quindi che sfuggono ad una regolamentazione, ma non per questo meno incisive.

Di qui la oggettiva difficoltà di superare la presunzione in esame.

Per queste ragioni la possibilità di fornire in concreto tale prova contraria è ritenuta assai ardua.⁵⁹

Già prima dell'emanazione della legge di riforma del diritto societario, nella citata Audizione di Confindustria si era rilevata la difficoltà di tale prova contraria.

In particolare, si osservava che “se si considera, infatti, che sono tenute al consolidamento dei bilanci società legate da rapporti di partecipazione societaria diventa praticamente impossibile per le stesse dimostrare l'inesistenza di un rapporto di direzione e coordinamento. Analogo discorso vale anche per le altre ipotesi alle quali si estende la presunzione in commento, ovvero le forme di controllo si cui all'art.2359. In altri termini, non è dato comprendere quale prova potrebbe essere considerata adeguata a ribaltare la presunzione e come potrebbe l'amministratore diligente ritenere raggiunta la prova e quindi non applicabile l'obbligo di pubblicità. Se, invece, tale prova fosse esercitabile a posteriori, verrebbe minata la garanzia del terzo che presumendo, sulla base della pubblicità effettuata, la direzione e coordinamento e quindi la maggiore solvibilità della controllante abbia deciso di contrattare con la società in questione.”

La difficoltà di tale prova contraria è stata evidenziata anche dalla dottrina che ha osservato che “si tratta di una prova negativa e la possibilità che venga raggiunta è molto remota. Ciò è evidente rispetto a quei gruppi di maggior rilievo in cui l'organizzazione delle distinte strutture societarie presenta formali regole espresse per l'esercizio della loro direzione unitaria. Ma è una possibilità ugualmente remota anche nel caso di quei gruppi di minor rilievo o comunque di carattere familiare in cui -come osservato- regole per l'esercizio di una *governance* di gruppo possono essere del tutto informali”.⁶⁰

⁵⁹ Audizione di Confindustria presso le Commissioni riunite di Giustizia e Finanza della Camera dei Deputati del 21 novembre 2002, cit..

⁶⁰ Cfr. D. Corapi, commento cit., 1410.

E' stato inoltre osservato che "la circostanza che tali presunzioni siano relative, cioè superabili mediante prova contraria, non credo finirà con l'aver gran rilievo pratico".⁶¹

Al contrario, altra parte della dottrina ha ritenuto che il carattere relativo della presunzione "deve (e può) lasciare spazio ad un'adeguata valutazione di fatto circa l'effettivo conformarsi della relazione di influenza tra la controllante e la controllata, di modo che, anche in ipotesi di consolidamento della partecipazione o di ricorrenza del controllo codicistico, la controllante possa sottrarsi alla presunzione di direzione e coordinamento ogniqualvolta essa dia la prova di essersi limitata a gestire il proprio pacchetto di partecipazione senza esercitare alcuna influenza sulla gestione e quindi avendo di mira solo scopi finanziari o di godimento".⁶²

Tale affermazione si basa sul fatto che è possibile nell'esperienza pratica che l'influenza della società controllante sia esercitata soltanto nell'ambito dell'assemblea della controllata mediante l'esercizio del diritto di voto relativo al pacchetto azionario detenuto e non investa la gestione della stessa società partecipata.

Nella prassi concreta la società capogruppo ha la possibilità in primo luogo di contestare l'applicabilità delle presunzioni sostenendo ad esempio che non vi è obbligo di redigere il bilancio consolidato⁶³ e che non vi è una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ..

In particolare, sarà possibile contestare la presenza di un controllo nei casi sopra esaminati costituiti dal c.d. controllo interno di fatto o dal controllo per influenza dominante, nei quali la posizione di controllo non deriva dalla titolarità di una partecipazione societaria di maggioranza ma deve a sua volta essere in concreto accertata.

⁶¹ R. Rordorf "I gruppi nella recente riforma del diritto societario", in *Le Società*, 2004, 538 e segg..

⁶² Cfr. M. Lamandini, op. cit. 3133 e segg..

⁶³ Si è ritenuto ad esempio che idonea prova contraria è data dal caso di esclusione dal consolidamento previsto nell'art.28, comma 2, lett. b) del d.lgs. 9 aprile 1991 n.127 quando l'esercizio effettivo dei diritti della controllante è soggetto a gravi e durature restrizioni. Si ritiene che la norma sia riferibile a cause esterne indipendenti dalla volontà della controllante, quali ad esempio provvedimenti dell'autorità giudiziaria o amministrativa, o interventi legislativi. Cfr. F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 342.

La giurisprudenza ha evidenziato che sarà inoltre possibile nel caso concreto dimostrare che la posizione di controllo è rimasta soltanto potenziale e che non si è determinata una direzione unitaria dell'impresa controllata. Sul punto è stato precisato che “può accadere, quindi, che vi sia controllo e che vi siano i conseguenti obblighi pubblicitari previsti per la situazione oggettiva di "direzione e coordinamento", cui fa riferimento l'art. 2497 bis e sexies cod. civ., senza esercizio effettivo della direzione unitaria, quando l'influenza dominante che deriva dalla partecipazione al capitale o dai collegamenti negoziali rimane potenziale, e non viene in concreto utilizzata, per conformare la gestione della società controllata a finalità di gruppo, cosicché mancano gli ulteriori elementi necessari per affermare l'esistenza anche della direzione unitaria”.⁶⁴

3.1 *Ipotesi elaborate dalla dottrina*

Vi sono poi delle ipotesi in cui tale prova contraria può essere precostituita dalla società controllante proprio per non incorrere nella presunzione in esame.

Qui di seguito vengono esaminate le ipotesi elaborate dalla dottrina.

Predisposizione di specifica clausola statutaria

Secondo la dottrina, “è legittimo ritenere che la prova contraria di cui al presente articolo possa essere precostituita dall'ente controllante sulla base di una clausola statutaria, la quale disponga che eventuali partecipazioni in società non possono essere utilizzate per esercitare su di essa alcuna attività di direzione e coordinamento. Una simile clausola avrà l'effetto di invertire l'onere della prova: sarà chi agisce nei confronti della controllante a norma dell'art.2497 c.c. a dover provare che, nonostante quella clausola essa ha di fatto esercitato la predetta attività”.⁶⁵

⁶⁴ Cfr. Trib. Bologna Sez. Spec. Impresa, 4 febbraio 2015 n. 16344.

⁶⁵ Cfr. M. Lamandini, op. cit., 3134; l'autore evidenzia inoltre “come l'autonomia statutaria e contrattuale possa essere legittimamente esercitata al fine di assicurare ad esempio mediante clausole statutarie o adeguati protocolli o regolamenti contrattuali di autonomia gestionale (anche al di fuori e al di là di quanto è previsto ad esempio nell'ambito assicurativo, in cui i protocolli di autonomia sono disciplinati espressamente dall'art.75 del codice delle assicurazioni che ha confermato indicazioni già presenti nel d.m. 24 aprile 1997, n.186 in relazione agli impegni da assumersi dal socio di controllo al fine di assicurare l'autonomia della gestione dell'impresa assicuratrice), alla società che pur resta

Una simile clausola statutaria, infatti, rende manifesta la volontà della società di gestire le eventuali partecipazioni come semplici investimenti e vincola gli amministratori della stessa società. Di conseguenza sarà onere della parte interessata a far valere la responsabilità ex art.2497 cod. civ. della controllante dimostrare che la stessa abbia svolto un'attività di direzione e coordinamento in violazione della citata clausola statutaria.

In particolare è stato ritenuto che una simile clausola statutaria possa ad esempio essere inserita nello statuto di una fondazione non esercente attività economica o di un ente pubblico non economico, al fine di ottenere l'effetto dell'inversione dell'onere della prova.⁶⁶

Analogamente, una simile clausola statutaria può trovare applicazione ai fini dell'inversione dell'onere della prova anche negli statuti delle società finanziarie di cui all'art.106 del Testo Unico Bancario e delle società di gestione del risparmio.

Tali società infatti nello svolgimento della loro attività possono assumere anche partecipazioni di controllo con la finalità di rivenderle e detenerle solo saltuariamente, ma in alcuni casi può avvenire che, per esigenze legate alla loro valorizzazione di mercato, tali partecipazioni devono essere appostate tra le immobilizzazioni, con la conseguenza della operatività della presunzione.

In questi casi, secondo la dottrina, le società finanziarie e le società di gestione del risparmio, per superare la presunzione di cui all'art.2497 *sexies* cod. civ. dovranno avere l'accortezza di inserire nel proprio statuto una clausola che preveda che eventuali partecipazioni di controllo in società con oggetto diverso dalla intermediazione finanziaria o dalla gestione del risparmio non possano essere utilizzate per esercitare su di esse l'attività di direzione e coordinamento.⁶⁷

controllata secondo le nozioni di controllo rilevanti ai fini dell'art.2497 *sexies* quel livello di autonomia ed indipendenza gestionale che la sottrae alla direzione e coordinamento della controllante e che in altri termini esclude che ricorra in concreto un potere di influenza dominante o determinante effettivo sugli amministratori della controllata volto ad indirizzare le scelte gestionali più rilevanti".

⁶⁶ Cfr. F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 340.

⁶⁷ Cfr. F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 342. Gli autori evidenziano infatti che in questi casi non è sufficiente "l'allegazione dello specifico oggetto sociale della società finanziaria o della società di gestione del risparmio, del tutto diverso dall'oggetto sociale delle società partecipate. Il controllo fonda la presunzione di direzione e coordinamento ...".

Anche in questo caso la previsione di una simile clausola avrà l'effetto di determinare l'inversione dell'onere della prova e i soggetti interessati dovranno provare la violazione della clausola statutaria e l'esercizio di una attività di direzione e coordinamento.

Appostazione in bilancio della partecipazione nell'attivo circolante

Il medesimo risultato si ottiene, secondo l'opinione della dottrina, nel caso in cui la controllante “abbia appostato a bilancio la partecipazione, non già tra le immobilizzazioni finanziarie (voce B-III ai sensi dell'art.2424 c.c.) bensì tra l'attivo circolante (voce C-III) ...”.⁶⁸

Infatti, l'appostazione in bilancio della partecipazione tra l'attivo circolante costituisce un vincolo per gli amministratori della società controllante e una precisa indicazione della volontà di gestire la partecipazione come un investimento ai fini di una successiva rivendita, senza svolgere alcuna attività di direzione e coordinamento.

Gli amministratori infatti sono responsabili per le dichiarazioni contenute nel bilancio.

Si è quindi ritenuto che tale appostazione come attivo circolante, anziché come immobilizzazione finanziaria, sia già idonea ad invertire l'onere della prova, fermo restando che anche in questo caso il soggetto interessato potrà dimostrare che, nonostante tale appostazione in bilancio la controllante eserciti comunque un'attività di direzione e coordinamento.

Va al riguardo considerato che questa presunzione, come si è già in precedenza evidenziato, si ritrova anche nelle norme che regolano la redazione del bilancio, distinguendo, all'art.2424 cod. civ. tra partecipazioni di controllo che sono immobilizzazioni finanziarie, da collocare all'attivo sub B-III e partecipazioni di controllo che sono invece attivo circolante, da collocare sub. C-III.

Infatti secondo l'art.2424 bis, comma 2, cod. civ. le partecipazioni in società controllate si presumono immobilizzazioni e non meri valori di scambio, ovvero

⁶⁸ Cfr. M. Lamandini, op. cit., 3134 e segg..

acquistate, ad esempio per una pura operazione finanziaria, fatta salva come detto la loro appostazione come attivo circolante.⁶⁹

E' stato tuttavia osservato che la possibilità di invertire l'onere della prova attraverso l'appostazione della partecipazione come attivo circolante incontra un limite temporale, nel senso che può giustificarsi solo qualora sia in tal modo detenuta per un periodo transitorio, dovendo successivamente essere comunque monetizzata ovvero inserita tra le immobilizzazioni finanziarie.⁷⁰

Intestazione della partecipazione ad un trust di scopo

Si è inoltre ritenuto che “il rapporto di controllo sulla base del quale opera la presunzione in esame può essere interrotto frapponendo tra la *holding* e una determinata società, che si voglia isolare all'interno del gruppo, un *trust* di scopo (ammissibile anche come *trust* interno ai sensi della legge 16 ottobre 1989 n.364, che ratifica la convezione dell'Aja del 1[^] luglio 1995), figura da non confondere con l'intestazione fiduciaria o con l'interposizione di persona e che non dà luogo ad un controllo indiretto ai sensi dell'art.2359, 2[^] comma, giacché il *trust* di scopo non è sottoposto nell'esercizio del diritto di voto, alla volontà del disponente, contrariamente a quanto accade per la società fiduciaria, che esprime il voto secondo le istruzioni del fiduciante o nello stesso *trust* nudo, nel quale il *trustee* fa altrettanto”.⁷¹

Nel *trust* di scopo infatti si ha un effetto “segregativo” della partecipazione con la conseguenza che il disponente, una volta trasferita al *trustee* la partecipazione, ne perde il controllo.

3.2 Conseguenze sull'onere della prova

La previsione di un'apposita clausola statutaria e la redazione del bilancio della società controllante inserendo la partecipazione nell'attivo circolante costituiscono modalità di organizzazione del gruppo societario che, pur in presenza di una situazione di

⁶⁹ Cfr. F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 338.

⁷⁰ Di tale opinione, M. Lamandini, op. cit., 3135.

⁷¹ Così F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 340; della stessa opinione anche M. Lamandini, op. cit., 3134.

controllo, rendono manifesta all'esterno la volontà della *holding* di gestire tale partecipazione come un investimento e di non esercitare la direzione e coordinamento della società controllata.

Sia lo statuto, sia il bilancio sono documenti pubblicati nel Registro delle Imprese e quindi da ciò deriva la possibile conoscenza del loro contenuto da parte non solo degli altri soci ma anche dei terzi in genere, con la conseguenza che tali modalità sono ritenute idonee a determinare l'inversione dell'onere della prova.

Diversamente l'intestazione della partecipazione ad un *trust* di scopo produce l'effetto di eliminare il controllo. In questa ipotesi quindi si è fuori dall'applicazione dell'art.2359 cod. civ..

3.3 *La sentenza del Tribunale di Mantova*

Le modalità sopra esaminate (predisposizione di specifica clausola statutaria, appostazione in bilancio della partecipazione tra l'attivo circolante e intestazione della partecipazione ad un *trust* di scopo) presentano tutte come comune denominatore la precostituzione da parte della controllante degli elementi diretti a escludere l'operatività della presunzione e ad invertire l'onere della prova.

Tali decisioni richiedono però una preventiva pianificazione e organizzazione delle modalità di esercizio dell'attività societaria.

Occorre però chiedersi se al di fuori di queste ipotesi sia possibile per la società controllante fornire tale prova contraria, a prescindere dalla precostituzione di un assetto societario nei termini sopra indicati, dimostrando il solo esercizio di attività inerenti al controllo senza alcuna intromissione nella gestione dell'attività della società controllata, fornendo cioè la prova negativa di non esercitare un'attività di direzione e coordinamento.

Al riguardo va segnalato che il Tribunale di Mantova, nella già richiamata decisione del 16 ottobre 2014, ha stabilito che “la circostanza che nei verbali dei rispettivi consigli di amministrazione non risultano deliberazioni recanti *desiderata* da trasmettere dalla società controllante alla società controllata e che nessuno dei presenti nell'assemblea di una società controllata abbia citato atti e/o documenti dai quali si

potesse desumere l'esercizio di direzione e coordinamento da parte della società controllante è sufficiente ad integrare la prova della non esistenza di direzione e coordinamento. La comunanza della sede, di parte dei consiglieri di amministrazione e del presidente del collegio sindacale tra società controllante e controllata non possono, invece, ritenersi prove sufficienti dell'esistenza dell'attività di direzione e coordinamento".

Questa sentenza è importante perché ha ritenuto che la società convenuta in giudizio aveva assolto l'onere della prova, nei limiti della prova negativa ad essa riservata, attraverso la produzione integrale dei verbali del consiglio di amministrazione dai quali è stato possibile verificare nelle deliberazioni l'assenza di qualsiasi direttiva da trasmettere alla società controllata.

La decisione tuttavia è rimasta isolata ed è stata oggetto di critica anche da parte della dottrina.

Infatti è stato osservato che le motivazioni della decisione non possono essere condivise, perché "non è certo sufficiente invocare la mancanza di atti di direzione e coordinamento per negare l'applicabilità della disciplina degli artt.2497 ss.. Le direttive della società controllante possono essere del tutto confidenziali ed hanno rilevanza in qualsiasi forma siano emanate".⁷²

3.4 La prova contraria nell'ipotesi di adempimento degli obblighi di pubblicità ex art.2497 bis cod. civ.

La prova dell'inesistenza di una attività di direzione e coordinamento è ancora più difficile, se non impossibile, da fornire nel caso in cui sia stata data attuazione agli obblighi di pubblicità previsti dall'art.2497 bis cod. civ., che prevede l'indicazione negli atti e nella corrispondenza della società o ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta nonché l'iscrizione a cura degli amministratori di tale direzione e coordinamento nell'apposita sezione del Registro delle Imprese.

⁷² Cfr. D. Corapi, commento citato, 1411.

In questa ipotesi, infatti, è necessario superare l'affidamento che viene dato ai terzi con gli adempimenti pubblicitari sopra indicati.

Secondo la dottrina “in tali casi la prova dell'inesistenza dei poteri di direzione e coordinamento per società capogruppo che siano tenute alla redazione del bilancio consolidato o che siano controllanti ai sensi dell'art.2359 c.c. pare obiettivamente impossibile. Probabilmente è anche contraria alla *ratio* della norma. La responsabilità prevista dall'art.2497 bis, comma 3°, non ammetterebbe dunque in base a questa lettura l'esimente della non soggezione in concreto a direzione e coordinamento, cosicché le presunzioni dell'art.2497 *sexies* assumerebbero di fatto carattere assoluto”⁷³.

Sul punto va inoltre osservato che la giurisprudenza ha stabilito che “nell'ipotesi in cui la stessa società controllante abbia tenuto un comportamento volto a confermare di fronte ai terzi le risultanze del sistema informativo previsto dall'art.2497 bis c.c. la prova contraria (di cui all'art.2497 *sexies* c.c.) in ordine alla presunzione dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti dei soggetti che esercitano il controllo di cui all'art.2359 c.c. non può riguardare il solo fatto oggettivo dell'assenza di una attività di direzione e coordinamento, ma anche il fatto soggettivo della conoscenza della mancanza di tale requisito in capo ai soggetti danneggiati ai sensi dell'art.2497 c.c.”⁷⁴.

3.5 Ipotesi di esclusione dalla responsabilità

Per completezza, va infine osservato che la società chiamata in giudizio quale responsabile ai sensi dell'art.2497 cod. civ. può opporre che l'attività di direzione e coordinamento da essa svolta non ha prodotto alcun danno “alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento”, ovvero che il danno è stato “integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”.

La questione non attiene alla operatività della presunzione o della sua prova contraria, ma è comunque importante perché dimostra che il legislatore ha ritenuto

⁷³ Cfr. P. Dal Soglio, op. cit., 2425.

⁷⁴ Cfr. Trib. Prato, 14 settembre 2012 in *Il Caso it.*.

rilevante ai fini della responsabilità in esame non il singolo atto di gestione ma il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento.

Può perfino presentarsi l'ipotesi che un singolo atto o una singola operazione possano risultare pregiudizievoli per la società sottoposta alla direzione e coordinamento, ma che tuttavia nel contesto dell'intera attività questo stesso atto o operazione possano rispondere ad un apprezzabile interesse economico per il gruppo e, quindi, anche indirettamente per la società controllata.⁷⁵

È opinione unanime in dottrina e in giurisprudenza che con la previsione di cui all'art.2497, comma 1, ultimo capoverso, cod. civ. il legislatore abbia recepito la teoria dei "vantaggi compensativi" che può trovare applicazione quando i vantaggi corrispondenti ad un pregiudizio subito siano fondatamente prevedibili e cioè siano basati su elementi sicuri e non costituenti una semplice aspettativa.⁷⁶

Ad esempio è stato ritenuto dalla giurisprudenza che "la realizzazione di una tesoreria accentrata in capo ad una delle società del gruppo non rappresenta in sé una violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, dovendosene valutare in concreto le modalità di funzionamento anche alla luce dei vantaggi complessivi derivanti alla singola società dall'appartenenza al gruppo".⁷⁷

La considerazione della rilevanza dei cc.dd. "vantaggi compensativi" trova del resto conferma nell'art.2634 cod. civ. che, nel disciplinare l'infedeltà patrimoniale, stabilisce che "non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se

⁷⁵ In un'ipotesi di "gruppo orizzontale" la giurisprudenza ha stabilito che "la prestazione a titolo gratuito di garanzie da parte di una di dette società per obbligazioni di altra società del medesimo gruppo non è estranea all'oggetto sociale della prima se, in ragione dei surriferiti rapporti di gruppo tale atto risponde ad un interesse economico apprezzabile anche per la garante". Cfr. citata Cass. Civ., Sez. I, 14 ottobre 2010, n.21250.

⁷⁶ Cfr. Cass. Civ., 7 ottobre 2003, n.38110, in *Giur. Comm.*, 2004, 599 e segg; anche al di fuori delle previsioni dell'art.2497 cod. civ. la giurisprudenza ha stabilito che in tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali verso la società stessa ha rilievo "la considerazione dei cc.dd. vantaggi compensativi derivanti dall'operato dell'amministratore, riflettentesi sulla società in conseguenza della sua appartenenza al gruppo e idonei a neutralizzare, in tutto in parte, il pregiudizio cagionato direttamente alla società amministrata; tuttavia non è sufficiente, al fine di escludere corrispondentemente la responsabilità, la mera ipotesi della sussistenza di detti vantaggi, ma l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta". Cass. Civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n.16707.

⁷⁷ Trib. Milano, 10 novembre 2014, sentenza cit..

compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo”.

4. La prova contraria in assenza di controllo

Secondo la dottrina, l'art.2497 *sexies* cod. civ., oltre ad ammettere la prova che in presenza del consolidamento di bilancio o del controllo di ente o di società su altra società non sussista attività di direzione e coordinamento, ammette al tempo stesso la prova che pur in assenza di consolidamento di bilancio o di controllo possa sussistere una direzione unitaria che può essere provata con qualunque mezzo.

Si è già visto che consolidamento e controllo e direzione unitaria sono situazioni diverse e non sovrapponibili, per cui è possibile anche un'applicazione della norma in senso inverso, cioè per dimostrare che pur in assenza di apparenti rapporti di collegamento tra due società sia esercitata di fatto un'attività di direzione e coordinamento dell'una sull'altra.⁷⁸

Può accadere infatti nel caso concreto che due società siano soltanto apparentemente indipendenti (ad esempio perché in esse vi sono soci di maggioranza persone fisiche che sono prestanome di altra società, ovvero di una *holding* occulta) o che la società *holding* di vertice abbia sede all'estero e non compaia nella struttura del gruppo.

In questi casi si è ritenuto che la prova più forte sia la presenza nei consigli di amministrazione nelle società apparentemente autonome degli stessi componenti (i *c.d. interlocking directorates*) o di parte di essi.⁷⁹

Per fare un esempio, si è ritenuto che può aversi direzione e coordinamento senza controllo nel caso delle società di gestione dei fondi comuni di investimento.

⁷⁸ In tal senso F. Galgano - G. Sbisà, *op. cit.*, 343 e segg..

⁷⁹ In merito al rilievo indiziario che può avere la comunanza degli amministratori, Trib. Verona, 13 luglio 2007, sentenza cit; in dottrina C. Picciau in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, sub art.2497-*sexies*, Milano, 2008, 345. Viene inoltre ricordato da U. Tombari, *I gruppi di società*, in *Le nuove spa*, diretta da O. Cagnasso - L. Panzani, Bologna 2010, 1751, che nel nostro ordinamento la composizione degli organi amministrativi può avere rilevanza ai fini del controllo societario in base alla disciplina del gruppo bancario (art.23, comma 2, n.4 e artt. 50 e 59 Testo Unico Bancario).

Infatti le partecipazioni di controllo inserite in un fondo comune non vengono iscritte nel bilancio della società di gestione del risparmio, la quale pur non essendo considerata società controllante ha tuttavia il compito di gestire il fondo e quindi anche la partecipazione di controllo.

A tale riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto che “la disciplina di cui all’art.2497 c.c. è applicabile anche alle sgr, le quali rispondono dell’attività di direzione e coordinamento anche nel caso in cui le partecipazioni attraverso le quali viene esercitato il controllo appartengano ad un fondo di investimento da loro gestito”.⁸⁰

In altra decisione, la giurisprudenza ha precisato le ragioni per le quali la disciplina di cui all’art.2497 cod. civ è applicabile alle società di gestione del risparmio, pur in assenza di una situazione di controllo societario.

In particolare è stato precisato che “il disposto dell’art.2497, 1° comma, c.c. individua quali soggetti tipicamente responsabili, sussistendo gli altri presupposti ivi previsti, le società e gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento; in tal modo, tra l’altro, il legislatore ha affermato il principio per il quale la responsabilità di cui si discute trova il suo presupposto nell’esercizio concreto ed effettivo dell’attività in questione; ne deriva, per un verso, che una società di gestione del risparmio, in quanto società commerciale, è immediatamente inclusa nel novero degli enti ai quali è fisiologica l’imputazione di attività di direzione e coordinamento e, per altro verso, che la sua legittimazione passiva è collegata all’avere o meno esercitato tale attività; a questo ultimo proposito, risulta del tutto irrilevante il fatto che la titolarità sostanziale delle partecipazioni della controllata siano riferibili ai fondi di investimento gestiti dalla sgr, atteso che è pacifico ex art.36 TUF che la capacità di agire con riferimento ai beni inclusi nel fondo, e il potere di gestione dei fondi stessi stanno in capo alla sgr, talché è proprio nell’esercizio di questo potere che ben può manifestarsi ed essere esercitato quello, in esso incluso (eventualmente in quanto espressione dell’effettiva posizione di controllo), di esercitare direzione e coordinamento delle società partecipate”.⁸¹

⁸⁰ Cfr. Trib. Milano, Sez. Spec. Imprese, 27 agosto 2019 n.22241, in *Il Caso.it.*

⁸¹ Cfr. Trib. Milano, 9 gennaio 2018, sentenza citata.

5. La fattispecie delineata dall'art.2497 *septies* cod. civ.

Il legislatore, nella versione originaria della riforma societaria del 2003, aveva previsto nel comma 2 dell'art.2497 *sexies* cod. civ. che “le disposizioni del presente capo si applicano altresì a chi esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole di loro statuti”.

Successivamente, con il d.lgs. n.37/2004, il legislatore ha abrogato tale comma dell'art.2497 *sexies* cod. civ. ed ha introdotto in sua sostituzione l'art.2497 *septies* cod. civ., per disciplinare separatamente l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società che avvenga sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole del loro statuto e, quindi, al di fuori delle previsioni dell'art.2497 *sexies* cod. civ..

Le motivazioni di tali modifica legislativa si fondano sulla circostanza che consolidamento dei bilanci e controllo e esercizio della direzione unitaria sono, come detto, fattispecie non sovrapponibili e che la direzione unitaria può essere esercitata anche in assenza di consolidamento e controllo.

Si ritiene che la norma faccia riferimento al c.d. “gruppo orizzontale” che, secondo la giurisprudenza, è ravvisabile “quando più imprese pur in assenza di vincoli partecipativi o contrattuali tra loro, svolgano un'attività coordinata e interdipendente in base all'indirizzo unitario derivante dall'identità dei loro amministratori, dirigenti e soci”.⁸²

È stato ritenuto che il c.d. “gruppo orizzontale” può nascere da accordi tra più società finalizzati ad instaurare tra le stesse un coordinamento di carattere finanziario ed organizzativo, tale da dare vita ad una loro direzione unitaria, ma senza creare vincoli di subordinazione di una società rispetto ad un'altra.⁸³

Secondo la dottrina deve escludersi che la previsione dell'art.2497 *septies* cod. civ. possa integrare un “contratto di dominazione”, come previsto nell'ordinamento tedesco.⁸⁴

⁸² Cfr. Cass. Civ. 14 ottobre 2010, n.21250, cit..

⁸³ Cfr. F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 359 e segg..

⁸⁴ C. Angelici “*Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*”, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, II; A. Valzer “*Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*”, in *Il nuovo*

Infatti, il c.d. contratto di dominazione secondo la dottrina è inammissibile nel nostro sistema giuridico e, se stipulato, dovrebbe considerarsi nullo.⁸⁵

Si è rilevato che sono riconducibili alla previsione dell'art.2497 *septies* cod. civ. i cc.dd. “conglomerati finanziari”, costituiti da gruppi di imprese che operano anche in settori economici diversi e qualche volta in mercati diversi.

Nell'esperienza concreta sono ad esempio presenti in Italia gruppi finanziari conglomerati formati intorno ad un nucleo originario di tipo bancario o di tipo assicurativo.

Si fa riferimento in particolare a gruppi bancari o assicurativi di rilevanza nazionale ed internazionale che detengono partecipazioni incrociate in altre banche e/o assicurazioni.⁸⁶

È importante sottolineare che nella fattispecie disciplinata nell'ar.2497 *septies* cod. civ. non opera alcuna presunzione perché non si è in presenza di controllo né di obbligo di consolidamento dei bilanci, ma tuttavia l'attività di direzione e coordinamento risulta esercitata in forza di elementi contrattuali o di clausole statutarie che rendono pacifica la situazione di direzione unitaria.

diritto delle società”, Liber Amicorum, Gianfranco Campobasso (diretto da P Abbadessa - G.B. Portale), III, Torino 2007.

⁸⁵ Cfr. F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 364.

⁸⁶ Cfr. F. Galgano - G. Sbisà, op. cit., 369 e segg..

CONCLUSIONI

Alla luce degli approfondimenti effettuati si può affermare che il potere di direzione e coordinamento può derivare dal controllo partecipativo, come previsto dall'art.2497 *sexies* cod. civ., ma tuttavia non è necessariamente ad esso collegato.

Può quindi accadere che vi sia all'interno di un gruppo di società controllo senza direzione e coordinamento e, viceversa, direzione e coordinamento in assenza di controllo, perché ciò che rileva non è la possibilità ovvero il potere di esercitare un'influenza dominante su una o più società, ma l'esercizio concreto, effettivo e continuativo di un'attività di direzione e coordinamento.

Controllo e direzione e coordinamento sono due situazioni diverse: la prima si basa su una posizione "statica" derivante dalla titolarità delle azioni di un'altra società o comunque dalla possibilità di esercitare su di essa un'influenza dominante; la seconda si basa invece su una posizione "dinamica" che deve essere costituita, come si è visto, da un insieme coordinato di ordini e di direttive rivolti agli amministratori della società dominata, idonei ad interferire sulla gestione dell'impresa e sulla conduzione degli affari.

La differenza tra queste due situazioni comporta che la società che si trovi nella posizione di controllo potrà superare la presunzione prevista dall'art.2497 *sexies* cod. civ. dimostrando di non esercitare in concreto alcuna attività di direzione e coordinamento.

Sul piano pratico la dottrina ha individuato alcune modalità attraverso cui è possibile fornire tale prova contraria o comunque invertire l'onere della prova, ponendo lo stesso onere a carico della parte interessata a far valere un'eventuale responsabilità della società controllante ai sensi dell'art.2497 cod. civ..

Esse sono, come si è detto, (i) l'inserimento nello statuto della società controllante di apposita clausola statutaria volta ad escludere l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento di eventuali società controllate; (ii) la redazione del bilancio inserendo la partecipazione nell'attivo circolante come partecipazione di godimento, detenuta temporaneamente per operazioni di *trading*; e (iii) l'intestazione

della partecipazione ad un *trust* di scopo, ipotesi quest'ultima che elimina inoltre la posizione di controllo.

Così ad esempio una società di tipo *holding* che opera, come avviene nella prassi, attraverso l'acquisizione di investimenti e partecipazioni in altre società, spesso in diversi settori industriali, e che intenda gestire tali partecipazioni a fini meramente speculativi, per una successiva rivendita, potrà superare la citata presunzione avendo cura di predisporre in via preventiva una organizzazione di gruppo ed adottando una delle tre modalità indicate.

Al di fuori di tali precostituite soluzioni, la possibilità di fornire una prova contraria appare molto complessa.

È senz'altro possibile che la società che detenga una partecipazione di controllo in altra società, chiamata in giudizio da un socio o da un creditore sociale della società controllata, per far valere la sua responsabilità ex art.2497 cod. civ., possa fornire la prova negativa del “non esercizio” di una attività di direzione e coordinamento, dimostrando ad esempio che il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale delle due società sono composti da persone diverse, che le due società hanno sedi diverse, e che non vi sono negli atti ufficiali, nei verbali dei consigli di amministrazione o di assemblea della controllante e della controllata direttive o ordini impartiti agli amministratori della società controllata finalizzati ad una interferenza nella sua gestione.

In sostanza che tra la gestione delle due società non vi siano elementi di collegamento.

Questa prova negativa, tuttavia, anche se rilevante, incontra il limite che l'attività di direzione e coordinamento può essere esercitata attraverso molteplici modalità; non esiste infatti un “modello” uniforme di direzione unitaria, perché, come si è avuto modo di evidenziare, questa attività può essere esercitata anche attraverso rapporti informali o di natura confidenziale che rendono di fatto molto difficile la prova contraria. Così ad esempio attraverso email, fax o contatti personali tra gli amministratori.

Queste modalità informali, basate su rapporti personali tra gli amministratori, possono riscontrarsi soprattutto nei gruppi di modeste dimensioni e nei gruppi familiari.

Questa situazione è del resto esemplificata dalla citata sentenza del Tribunale di Mantova che ha ritenuto assolto l'onere della prova a carico della società controllante citata in giudizio, attraverso la dimostrazione della mancanza di atti formali di indirizzo (e nonostante la presenza di una parziale comunanza di membri dei consigli di amministrazione delle sue società e della loro sede sociale).

Tale sentenza, pur costituendo un precedente importante, è rimasta peraltro isolata ed è stata criticata dalla dottrina, proprio in ragione del fatto che, per la varietà dei possibili modi e forme in cui può essere esercitata l'attività di direzione e coordinamento, la semplice dimostrazione della mancanza di atti ufficiali e di direttive formali appare insufficiente per superare la presunzione prevista dall'art.2497 *sexies* cod. civ..

In conclusione, la prova contraria prevista dall'art.2497 *sexies* cod. civ., in presenza di un obbligo di consolidamento dei bilanci o di controllo ex art.2359 cod. civ. presenta -ove la società controllante non abbia adottato gli accorgimenti in precedenza indicati- obiettivi limiti e difficoltà.

BIBLIOGRAFIA

C. Angelici “*Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*”, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, II;

S. Bertolotti e L. Scaccaglia “*Responsabilità da direzione e coordinamento: un itinerario di giurisprudenza*”, in *Le Società*, 1/2022;

A. Bianchi “*Problemi in materia di disciplina dell’attività di direzione e coordinamento*” ‘, in *Riv. delle Società*, n.2-3, 2013;

D. Corapi “*La prova dell’esercizio di attività di direzione e coordinamento di società*” in *Le società* 12/2015, commento alla sentenza del Tribunale di Mantova del 16 ottobre 2014;

P. Dal Soglio in “*Il nuovo diritto delle società*” Volume 3, a cura di Alberto Maffei Alberti;

F. Galgano - G. Sbisà in “*Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Libro quinto: Lavoro art. 2497-2497 septies - Direzione e coordinamento di società*”, Zanichelli, seconda edizione;

G. Guizzi “*Diritto delle società, Manuale breve, Partecipazioni societarie e gruppi di società*”, 2015;

M. Lamandini “*Commento all’art.2497 sexies; le fusioni transfrontaliere*”, Le Società per azioni codice civile e norme complementari, diretto da P. Abbadessa - G. Portale, Giuffrè, 2016;

P. Montalenti “*Direzione e coordinamento dei gruppi societari: principi e problemi, in Società per Azioni, corporate governance e mercati finanziari*”, Milano, 2011;

U. Morera, G. Olivieri, M. Perassi, G. Presti e F. Vella “*Il diritto delle società*”, Associazione Disiano Preite;

E. Mugnai, “*Responsabilità da direzione e coordinamento*”, in *Il Societario*;

A. Niutta “*Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt.2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*”, in *Giur. Comm.*, 2004;

A. Pavone La Rosa “*La riforma delle società di capitali, Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*”, in *Riv. delle Società*, 2003;

C. Picciau in “*Commentario alla riforma delle società*”, diretto da P.G. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, sub art.2497-sexies, Milano, 2008;

R. Rordorf “*I gruppi nella recente riforma del diritto societario*”, in *Le Società*, 2004;

G. Scognamiglio “*Motivazione delle decisioni del governo del gruppo*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009;

U. Tombari “*I gruppi di società, in Le nuove spa*”, diretta da O. Cagnasso - L. Panzani, Bologna, 2010;

A. Valzer “*Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto, in Il nuovo diritto delle società*”, Liber Amicorum, Gianfranco Campobasso (diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale), III, Torino, 2007.

ULTERIORI DOCUMENTI ESAMINATI

Audizione di Confindustria presso le Commissioni riunite di Giustizia e Finanza della Camera dei Deputati del 21 novembre 2002, in *Riv. delle Società*, 2002, 1619 e segg.;

Relazione illustrativa alla riforma del diritto societario del 2003.

GIURISPRUDENZA

Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n.1439;

Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2001 n.12094;

Cass. Civ., 7 ottobre 2003, n.38110;

Cass. Civ., Sez. I, 24 agosto 2004, n.16707;

Cass. Civ., Sez. I, 14 ottobre 2010, n.21250;

Corte App. Roma, 1 luglio 1985 in *Foro It.*, 1986, I, 781;

Corte App. Milano, Sez. I, 22 luglio 2020, n.1949;

T.A.R. Abruzzo, Sez. I, Pescara, 30 aprile 2014, n.204;

Trib. Verona 13 luglio 2007 in *Le Società*, 2008, 1385;

Trib. Pescara 2 febbraio 2009, in *Foro It.* 2009, I, 2828 e segg.;

Trib. Palermo 3 giugno 2010, in *Foro It.* 2011, I, 931 e segg.;

Trib. Venezia, 10 febbraio 2011;

Trib. Venezia, 8 marzo 2011, in *Banca, borsa tit. cred.* 2012, 2, II, 223;

Trib. Palermo 15 giugno 2011, in *Foro It.*, 2011, I, 3187 e segg.;

Trib. Prato, 14 settembre 2012, in *Il Caso it.*;

Trib. Milano, 2 dicembre 2013, in *Le Società*, 2014, 560;

Trib. Mantova, Sez. II, 16 ottobre 2014, in *Le Società*, 12/2015, 1405 e segg., con commento di D. Corapi;

Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *Le Società* 12/2015, 1377 e segg. con commento di G.M. Zamparetti;

Trib. Bologna Sez. Spec. Impresa, 4 febbraio 2015 n. 16344;

Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 3 aprile 2015;

Trib. Roma, Sez. III, 13 giugno 2016 n.11925;

Trib. Milano, 9 gennaio 2018, in *Notariato*, 2019;

Trib. Milano, 27 febbraio 2019, in *Società*, 2019, 999;

Trib. Milano, Sez. Spec. Imprese, 27 agosto 2019 n.22241, in *Il Caso.it.*;

Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 3 febbraio 2022, n.402, in *Foro It.*, 2022, 3, I, 1115.