

Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratti di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 novembre 2009

Lo studio in sintesi (Abstract)

Lo studio approfondisce il rapporto tra autonomia privata e gruppi di imprese sotto un triplice angolo visuale, chiedendosi, in particolare: i) se lo strumento contrattuale possa essere legittimamente impiegato per la costituzione e/o per la regolamentazione di un gruppo sia "paritetico" che "gerarchico"; ii) quali problemi pongano i "contratti di servizio" infragruppo, ossia una figura assai diffusa nella prassi, ma ancora relativamente poco approfondita a livello teorico; iii) se - ed eventualmente in quali termini e con quali risultati - lo statuto delle singole società appartenenti ad un gruppo possa contribuire alla formazione di un "diritto di organizzazione" dell'attività di direzione e coordinamento.

Sommario: 1. Considerazioni generali; 2. Il contratto di "coordinamento gerarchico"; 3. I "contratti di servizio" infragruppo; 4. Lo "statuto" delle società appartenenti ad un gruppo come strumento di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento

1. Considerazioni generali

Se già prima della riforma del diritto societario era stato prospettato e discusso il ruolo dell'autonomia privata nella formazione e nella disciplina del gruppo ⁽¹⁾, il tema è certamente destinato ad essere ancor più al centro dell'interesse (teorico e pratico) in seguito all'introduzione dell'art. 2497-*septies*, c.c. - che espressamente si riferisce a società che esercitano attività di direzione e coordinamento di altre società "sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti" - e, più in generale, della normativa specifica sulla "direzione e coordinamento" (artt. 2497 ss., c.c.).

In questa sede affronteremo il tema in oggetto (*i.e.*, autonomia privata e gruppi di imprese) sotto un triplice angolo visuale, chiedendosi, in particolare: *i*) se lo strumento contrattuale possa essere legittimamente impiegato per la costituzione e/o per la regolamentazione di un gruppo non solo "paritetico", ma anche e soprattutto - considerata la maggior rilevanza pratica - gerarchico; *ii*) quali problemi pongano i "contratti di servizio" infragruppo, ossia una figura assai diffusa nella prassi, ma ancora relativamente poco approfondita; *iii*) se - ed eventualmente in quali termini e con quali risultati - lo statuto delle singole società appartenenti ad un gruppo possa contribuire alla formazione di un "diritto di organizzazione" dell'attività di direzione e coordinamento.

In linea generale e salvo ulteriori specificazioni nel prosieguo, è opportuno rilevare come, secondo un'opinione sempre più diffusa, debbano considerarsi astrattamente lecite ed ammissibili tutte quelle manifestazioni di autonomia privata ("contratti di coordinamento gerarchici", regolamenti di gruppo, contratti di servizio *intercompany*, clausole statutarie) finalizzate a costituire o a "disciplinare" il gruppo nel rispetto dei principi dettati dagli artt. 2497 ss., c.c. (ossia, in primo luogo, dei principi di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" delle società dirette e coordinate), potendosi, per tal via, realizzare "un tessuto trasparente di interrelazioni di gruppo, con una precisa individuazione delle funzioni di direzione in materia finanziaria, produttiva, commerciale, di *budgeting*, di servizi di assistenza e consulenza contabile, fiscale, finanziaria" ⁽²⁾.

Del resto, se in base alla disciplina legale (*e dunque a prescindere dall'esistenza di un "contratto" o di "clausole statutarie"*), deve ritenersi lecita l'allocatione in capo alla società c.d. dominante di alcune funzioni amministrative relative alle società dipendenti ⁽³⁾, non sussistono evidentemente ostacoli giuridici a che tale risultato sia perfezionato attraverso lo strumento negoziale, finalizzato a regolamentare, nel rispetto dei richiamati criteri di "correttezza", il potere di eterogestione sulle società appartenenti al gruppo.

2. Il contratto di "coordinamento gerarchico"

2.1. Secondo un'affermazione ormai ricorrente, la nuova disciplina italiana dei gruppi non riconosce la legittimità del c.d. "contratto di dominio" (*Beherrschungsvertrag*) come previsto nei §§ 291 ss. della legge azionaria tedesca (*Aktiengesetz*) ⁽⁴⁾, intendendosi con tale locuzione un contratto, mediante il quale la società capogruppo acquista il diritto di impartire alle società dipendenti direttive *anche pregiudizievoli per quest'ultime e senza alcuna necessità di un c.d. vantaggio compensativo, essendo previste, sia nel momento della conclusione del contratto sia in quello dell'esecuzione, garanzie alternative a favore della società c.d. dipendente, dei suoi soci e creditori* ⁽⁵⁾; più in particolare, in forza di un contratto c.d. di dominio si realizza un' "alienazione del governo della società" ⁽⁶⁾, caratterizzata dalla circostanza che: *i)* una società acquisisce il diritto di impartire agli amministratori di un'altra società direttive gestionali anche pregiudizievoli (ed in contrasto con l'interesse sociale), purché siano nell'interesse della società dominante o di altra società c.d. sorella; *ii)* i componenti dell'organo amministrativo della società (destinata ad operare come) dipendente sono obbligati ad eseguire tali direttive, andando esenti da responsabilità per i danni che possono derivare dalla loro esecuzione.

Se questo pare indubitabile, non sembra altresì potersi dubitare in merito alla legittimità di costituire attraverso un contratto un gruppo (non solo "paritetico", ma anche) "gerarchico", ossia, come noto, un gruppo ove la direzione ed il coordinamento sono esercitati dalla società capogruppo, senza alcuna forma di concertazione con le altre società soggette a tale direzione. Più in particolare, è da ritenere perfettamente lecita la costituzione, *attraverso un contratto c.d. di collegamento o coordinamento gerarchico* (o dominio debole), di un gruppo gerarchico, nell'ambito del quale la società capogruppo è legittimata ad esercitare un'attività di direzione e coordinamento nel rispetto dei principi dettati dagli artt. 2497 ss., c.c., ossia, in primo luogo, dei principi di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" delle società dirette e coordinate.

A suffragare normativamente tali affermazioni vi è non solo il disposto dell'art. 2497-*septies*, c.c. ⁽⁷⁾, ma, più in generale, il riconoscimento da parte del nostro ordinamento della liceità della c.d. direzione unitaria, con la conseguenza che la costituzione e/o la disciplina di un gruppo c.d. gerarchico rappresentano "interessi meritevoli di tutela" ai sensi dell'art. 1322, c.c., in quanto tali perseguibili anche attraverso lo strumento negoziale ⁽⁸⁾.

Del resto, la conferma che alla base di un gruppo gerarchico possa esservi un contratto emerge anche dalla legislazione speciale in materia di gruppi bancari ed assicurativi. Al riguardo, è sufficiente rilevare che: *i)* i gruppi bancari ed assicurativi sono gruppi di tipo gerarchico, in considerazione della vigilanza alla quale sono soggetti; *ii)* essi sono definiti rispettivamente dagli art. 60 T.u.b. e 82 del Codice delle assicurazioni, facendo riferimento, tra l'altro, alla nozione di "controllo"; *iii)* in entrambi i casi il controllo è ritenuto sussistente (anche) in presenza di "contratti (..) che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento" (art. 23 T.u.b. e art. 72, primo comma, del Codice delle assicurazioni); *iv)* i contratti in esame vengono dunque considerati

dall'ordinamento idonei a fondare gruppi gerarchici (e non paritetici), come nella specie sono i gruppi bancari e quelli assicurativi ai sensi, rispettivamente, degli art. 60 ss., T.u.b. e 82 ss. del Codice delle assicurazioni.

2.2. Come in precedenza accennato, un eventuale contratto di "coordinamento gerarchico" è destinato a svolgere un ruolo di primo piano non solo nella costituzione, ma anche (e soprattutto) nella *disciplina* della dinamica della direzione e coordinamento; *in questo senso è evidente che il contratto in esame può essere utilmente impiegato anche in presenza di società (non più autonome, ma) appartenenti ad un gruppo*, in quanto in rapporto di "controllo" e già in presenza di una effettiva attività di direzione e coordinamento di una società sulle altre. Più in particolare, attraverso questo schema contrattuale – che per *struttura e funzione* è qualificabile come "contratto plurilaterale con comunione di scopo" ⁽⁹⁾ – è possibile regolamentare, ad esempio, i flussi di informazione tra società appartenenti al medesimo gruppo, gli eventuali obblighi degli amministratori delle società c.d. dipendenti e, correlativamente, gli eventuali diritti/poteri della capogruppo e dei suoi organi, ecc.. In altri termini, per questa via «diviene possibile stabilire con chiarezza e precisione quali siano il contenuto, i limiti, le modalità, gli organi investiti dell'attività di direzione e coordinamento, i doveri di adempimento delle società sottoposte, le regole di controllo e di adeguamento» ⁽¹⁰⁾. E ciò appare non solo opportuno, ma assolutamente necessario, considerata, da un lato, la centralità dei profili e dei momenti organizzativi all'interno delle dinamiche di gruppo e, dall'altro, la scarsa considerazione prestata a tali aspetti da parte del legislatore ed il tentativo della prassi di superare talvolta questa lacuna attraverso lo strumento – assai impiegato, ma non altrettanto approfondito a livello teorico – dei c.d. regolamenti intragruppo ⁽¹¹⁾ (emanati dalla società capogruppo e generalmente fatti approvare da tutti i consigli di amministrazione delle controllate).

2.3. E' da rilevare, inoltre, che «la contrattualizzazione dell'attività di direzione e coordinamento nei gruppi può avere riflessi positivi e di notevolissimo rilievo operativo nella predisposizione dei modelli di prevenzione dei reati, introdotti dal d. lgs. 231/2001» ⁽¹²⁾. In sostanza, la stipula di un contratto di "coordinamento gerarchico", con la conseguente identificazione della *governance* e del centro decisionale (o dei centri decisionali) del gruppo, può essere un importante strumento per chiarire a quali soggetti debba essere eventualmente imputata la responsabilità c.d. amministrativa delle società.

Si potrebbe pensare, infine, alla costituzione, all'interno del gruppo, di una nuova società (c.d. *New-co*), nella quale allocare *formalmente ed effettivamente* l'attività di direzione e

coordinamento su due o più società attraverso un contratto di "coordinamento gerarchico"; la nuova società avrebbe, quindi, ad oggetto esclusivamente lo svolgimento di suddetta attività e sarebbe destinata ad essere iscritta come soggetto capogruppo ai sensi dell'art. 2497-*bis*, c.c.. In questa prospettiva è stato giustamente osservato che il "contratto", nel senso indicato, potrebbe «costituire una tecnica di "separazione tra proprietà e controllo" e di "professionalizzazione della funzione di direzione unitaria". Infatti, là dove si ritenga opportuno, nella logica di massimizzazione dell'efficienza delle politiche di gruppo, "confinare" per così dire la *holding* in mera posizione di socio di controllo, senza ruolo di direzione unitaria, questa può essere attribuita, volontariamente, dalla società del gruppo ad una società collegata deputata a svolgere (..) appunto l'attività di direzione e coordinamento. La società collegata potrà essere dotata di un organo amministrativo e di un *management* esperti nelle diverse funzioni di direzione del gruppo» ⁽¹³⁾. Quanto affermato potrebbe risultare particolarmente opportuno, tra l'altro, nei gruppi familiari e nei gruppi c.d. pubblici ⁽¹⁴⁾ al fine di ben individuare dove è allocata l'attività di direzione e coordinamento e conseguentemente dove potrebbe "cadere" la responsabilità ex art. 2497, c.c..

2.4. Non vi è dubbio che la conclusione di un contratto di "coordinamento gerarchico", in quanto contratto tra due o più società, sarà affidata ai legali rappresentanti di ciascuna di esse e dunque (nella generalità dei casi) ad un componente dell'organo amministrativo dotato dei necessari poteri "rappresentativi".

Il problema che si pone è, tuttavia, quale organo sia competente a prendere una decisione così rilevante per la struttura e l'organizzazione della società (*i.e.*, la decisione di stipulare il contratto in esame) e quindi per i diritti/interessi dei suoi soci.

In via preliminare, si può sostenere che in caso di contratto stipulato tra società (non autonome, ma) appartenenti ad un gruppo al fine di meglio regolamentare la dinamica della direzione e coordinamento, la decisione dovrebbe rientrare - in assenza di specifiche clausole statutarie in merito - nella competenza dell'organo amministrativo sia nella s.p.a. che nella s.r.l., trattandosi di una decisione che non implica alcuna modifica della struttura organizzativa e dell'area di rischio delle società coinvolte, in quanto esclusivamente rivolta a meglio definire e formalizzare un "assetto normativo" già riconosciuto come legittimo dall'attuale disciplina sui gruppi di imprese ⁽¹⁵⁾.

Tanto premesso, la questione assume invece una diversa rilevanza, allorché in forza del contratto più società *autonome* decidano di entrare a fare parte (in veste di capogruppo o di società dirette e coordinate) di un gruppo c.d. gerarchico.

Limitandosi ad alcune sintetiche considerazioni, in una società a responsabilità limitata la decisione in esame dovrebbe ricadere nella competenza dell' "assemblea dei soci" in quanto normalmente (ma non necessariamente) si tratterà di una decisione di compiere un'operazione che comporta "una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci" (cfr. art. 2479, secondo comma, n. 5 e quarto comma, c.c.) ⁽¹⁶⁾; in tali casi potrebbe altresì scattare il diritto di recesso del socio ex art. 2473, primo comma, c.c. o, in caso di contratto che determina l'assoggettamento a direzione e coordinamento della società, in base alle previsioni di cui all'art. 2497-*quater*, primo comma, lettera c), c.c..

Più complessa è la soluzione in caso di una società per azioni.

Al riguardo, sembra sostenibile che il "dovere di diligenza" imponga agli amministratori di chiedere l'autorizzazione "non scritta" (in quanto non prevista né dalla legge, né dallo statuto ex art. 2364, primo comma, n. 5, c.c.) dell'assemblea in sede ordinaria: ciò quanto meno a fini informativi rispetto ai soci (anche e soprattutto di minoranza) ed a prescindere dal valore di questa delibera "autorizzatoria". E' da rilevare, inoltre, che allo stesso tempo sorgerà il «diritto di recesso per i soci che non abbiano concorso alla adozione della delibera di autorizzazione alla stipulazione del contratto costitutivo del rapporto di soggezione» ⁽¹⁷⁾ (ossia nell'ipotesi, nella quale, in conseguenza della stipula del contratto, una società per azioni si assoggetta alla direzione e al coordinamento di altra società e sempre che sussistano i presupposti richiesti dall'art. 2497-*quater*, primo comma, lettera c).

Si profilerebbe, infine, una competenza dell'assemblea in sede straordinaria, qualora si assuma che il passaggio da "società autonoma" a "società di gruppo" (dominante o dipendente) richiede e presuppone una modifica formale dell'oggetto sociale statutario ⁽¹⁸⁾, il quale – se è chiamato a delimitare, in definitiva, le condizioni di rischio in presenza delle quali il socio ha aderito alla società ⁽¹⁹⁾ - deve descrivere non solo la "tipologia di attività", ma anche le "modalità" attraverso le quali tale attività viene svolta, ossia in modo autonomo o secondo una comune strategia di gruppo ⁽²⁰⁾; come evidente questa soluzione potrebbe giustificare il diritto di recesso in base sia all' art. 2497-*quater*, primo comma, lettera c), sia (probabilmente) all'art. 2437, primo comma, lettera a), c.c. ⁽²¹⁾.

3. I "contratti di servizio" infragruppo

Come già accennato, nella prassi è assai frequente imbattersi in contratti-quadro «di prestazioni di servizi connessi e/o strumentali all'attività di direzione e coordinamento» ⁽²²⁾ o rilevare che «la competenza a svolgere determinate operazioni di massima rilevanza ai fini

della politica di gruppo sia riservata direttamente alla controllante e preclusa alle altre società (e un'indicazione in tal senso si può forse ricavare anche dall'art. 2381, comma 5°, c.c.) » ⁽²³⁾.

E' il fenomeno dei c.d. "contratti di servizio" infragruppo, in forza dei quali in genere la capogruppo viene a svolgere direttamente le attività relative a servizi amministrativi, tecnici o gestionali ⁽²⁴⁾, lasciando nella sfera di competenza di ciascuna società "diretta e coordinata" le attività relative alla "gestione operativa". In sostanza, potendo usufruire dei servizi resi dalla capogruppo, le società dirette e coordinate hanno la possibilità di focalizzarsi e concentrarsi sul proprio core business, demandando al "centro" la gestione di processi ausiliari e di supporto, i quali altrimenti necessiterebbero di risorse dedicate, strumenti adeguati, competenze specifiche.

Alla luce di quanto siamo venuti affermando risulta indubbia la piena legittimità dei "contratti di servizio" stipulati tra la capogruppo e le società dirette e coordinate, dal momento che, in un'ottica di "razionalizzazione" del gruppo, tali contratti traducono e specificano negozialmente il "legittimo" potere di direzione e coordinamento della capogruppo ⁽²⁵⁾.

Può essere opportuno ricordare, inoltre, che, al fine di facilitare l'effettiva operatività di questo "modello gestionale" di gruppo, in taluni casi la capogruppo viene incaricata di svolgere - in forza di una specifica procura ad essa conferita - le attività previste dai "contratti di servizio" in nome e per conto delle società dirette e coordinate. Per quanto attiene al contenuto specifico della procura, è importante sottolineare che, in genere: a) gli amministratori delle società dirette e coordinate mantengono, collegialmente o individualmente, tutti i poteri impliciti nel proprio ruolo; b) la procura viene normalmente rilasciata per il compimento di specifiche e ben identificate tipologie di atti.

A questo proposito, sembra corretto affermare che le "procure speciali" rilasciate a favore della capogruppo altro non siano che la (non necessaria, ma ugualmente) possibile e lecita proiezione "esterna" dei poteri di "eterogestione" della capogruppo. In altri termini, il conferimento alla capogruppo dei poteri rappresentativi presuppone giuridicamente e si ricollega funzionalmente ai "contratti di servizi", rappresentando, in ultima analisi, null'altro che un efficace strumento giuridico per l'attuazione dell'attività di direzione e coordinamento, così come contrattualmente disciplinata.

Alla luce di quanto appena osservato, la questione relativa alla legittimità delle "procure" non assume alcuna autonoma valenza "concettuale", ma viene piuttosto ad inserirsi, rimanendone assorbita, all'interno della più ampia problematica connessa alla possibilità di concentrare, anche attraverso apposite previsioni convenzionali, alcuni poteri gestionali delle società dipendenti in capo alla società dominante. Nella misura in cui tale formula organizzativa fortemente "accentrata" può ritenersi ammissibile e lecita ⁽²⁶⁾, non sembrano

sussistere ostacoli al riconoscimento a favore della società capogruppo (anche) di poteri di natura rappresentativa, che consentano alla stessa di esercitare la predetta attività non solo in via mediata, attraverso direttive vincolanti impartite agli organi gestori delle società c.d. dipendenti, ma anche in via, per così dire, "diretta", attraverso il compimento di atti giuridici in nome e per conto delle società medesime.

Un'ultima considerazione. Come noto, l'ammissibilità, in ambito societario, del rilascio a soggetti terzi di mandati o procure generali è questione dibattuta e controversa, da tempo, in dottrina e nella giurisprudenza. In estrema sintesi, a fianco di un indirizzo, prevalente in giurisprudenza, che nega radicalmente - seppur con differenti motivazioni - la legittimità di siffatte procure ⁽²⁷⁾, si è progressivamente affermato, soprattutto in dottrina, un orientamento più "permissivo", in forza del quale il conferimento di mandati o procure generali *ad negotia* deve considerarsi astrattamente ammissibile, nella misura in cui tali atti non presentino carattere "abdicativo", ossia non producano l'effetto di affidare a terzi la completa direzione dell'attività sociale, con un totale svuotamento dei poteri propri degli amministratori e con una sostanziale abdicazione a favore di terzi delle loro funzioni gestorie ⁽²⁸⁾. Più in particolare, questa sorta di "abdicazione" verrebbe a ricorrere nell'ipotesi in cui, attraverso il rilascio di procure, gli amministratori vengano di fatto a spogliarsi della loro tipica funzione di "indirizzo", attinente alla definizione degli obiettivi globali dell'attività sociale, alla fissazione delle strategie ed al controllo dei propri collaboratori ⁽²⁹⁾. Tenuto conto, inoltre, che i predetti poteri di "indirizzo" e di "controllo" possono essere efficacemente esplicitati dagli amministratori solo nei confronti di soggetti stabilmente inseriti nell'organizzazione dell'impresa (quali, ad esempio, i direttori generali e gli institori), alcuni autori limitano ulteriormente l'ammissibilità delle procure generali *ad negotia* alle sole ipotesi in cui quest'ultime siano conferite a soggetti comunque equiparabili alle figure appena menzionate ⁽³⁰⁾.

Tanto premesso, non sembra che la legittimità delle "procure a favore della capogruppo" possa essere negata alla stregua degli orientamenti ora sinteticamente richiamati, e ciò anche qualora le procure assumessero carattere non "speciale" (come solitamente avviene, invece, nell'esperienza applicativa), ma "generale". Al riguardo, occorre osservare come la giustificazione teorica di tali orientamenti, al di là delle diversità delle soluzioni prospettate, risieda «nel principio dell'esclusiva ed inderogabile competenza degli amministratori all'esercizio della gestione sociale, principio che viene rispettato (pur quando si deleghi alle strutture gran parte della gestione) solo in quanto agli amministratori rimangano i poteri di direzione e di supremazia gerarchica» ⁽³¹⁾. Questo principio tuttavia non opera o quantomeno necessita di essere radicalmente "ripensato" all'interno di una struttura di gruppo, dove, l'attuale ordinamento societario legittima l'eterodirezione di società ⁽³²⁾, e, quindi, il trasferimento delle funzioni e dei poteri gestionali dalle società dipendenti alla società capogruppo. In sostanza, le soluzioni raggiunte dalla giurisprudenza teorica e pratica appaiono

elaborate con riferimento alla società "autonoma" e non sembrano in alcun modo estendibili alla diversa fattispecie della "società di gruppo".

4. Lo "statuto" delle società appartenenti ad un gruppo come strumento di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento

Relativamente ad una società destinata ad esercitare la propria attività all'interno di una "struttura di gruppo", l'autonomia statutaria dovrà essere utilizzata da un lato nel rispetto dei principi imperativi di disciplina, dall'altro in funzione delle caratteristiche di questo "modello reale" di società e delle specifiche esigenze di quel determinato gruppo, nel quale la società è chiamata ad operare ⁽³³⁾.

Come già ricordato, un espresso riferimento all'attività di direzione e coordinamento esercitata in base a "clausole statutarie" si ritrova ora nella disposizione di cui all'art. 2497-*septies* c.c., disposizione che, allo stato, non sembra essere stata oggetto di intenso dibattito ⁽³⁴⁾, né di significativa applicazione pratica.

Tanto premesso, si deve prendere atto, in linea generale, che lo statuto di una "società di gruppo" deve essere pensato (anche) considerando che la società appartiene ad una più ampia struttura organizzativa (il gruppo); ciò con rilevanti ripercussioni non solo (ed eventualmente) sulla clausola dell'oggetto sociale, ma anche su altre clausole, quali, ad esempio, quelle relative alle funzioni (poteri-doveri) degli organi, alla previsione di eventuali "comitati consultivi di gruppo" ⁽³⁵⁾, ecc..

Nella medesima prospettiva, occorre poi procedere ad un reciproco coordinamento di contenuti tra gli statuti delle società dipendenti e quello della c.d. dominante, nonché tra gli stessi statuti delle "dipendenti", al fine di costituire un sistema omogeneo di regole organizzative dell'attività di direzione e coordinamento volto ad integrare la normativa di fonte legale, adeguandola alle specifiche necessità del caso concreto ⁽³⁶⁾.

A titolo meramente esemplificativo, se nello statuto della holding si prevede la costituzione di un comitato consultivo (con funzione di fornire all'organo amministrativo della società dominante pareri non vincolanti in ordine alla gestione del gruppo), è quanto mai opportuno che tutti gli statuti delle società dirette e coordinate impongano ai rispettivi amministratori di fornire periodiche informazioni a tale comitato. Mediante questo reciproco coordinamento degli statuti delle società appartenenti al medesimo gruppo si potrebbe poi risolvere il problema dell'eventuale non coincidenza tra date di chiusura del bilancio d'esercizio della capogruppo e di quello delle società dipendenti.

Si pensi, inoltre, a possibili "strumenti di reazione" in presenza di un eventuale inadempimento, da parte degli amministratori delle società soggette a direzione e coordinamento, alle direttive della capogruppo. A tal fine, si potrebbe ipotizzare una *clausola statutaria* da inserire in tutti gli statuti delle società dipendenti e diretta a definire, in modo specifico, entro quali limiti sussiste un obbligo degli amministratori di dare esecuzione alle direttive emanate dalla società dominante; per questa via, in caso di violazione verrebbe per ciò stesso a configurarsi un' ipotesi sia di giusta causa di revoca (violazione di un obbligo specifico previsto in statuto), sia di responsabilità verso la società in caso di danno.

Sempre con riferimento allo statuto di una s.p.a. e nella prospettiva di regolamentare la "formazione di un gruppo" ed in particolare la "trasformazione" (in senso atecnico) di una società per azioni "autonoma" in capogruppo, potrebbe essere interesse dei soci inserire una clausola, in forza della quale sia espressamente prevista un'autorizzazione dell'assemblea (ex art. 2364, primo comma, n. 5, c.c.) relativamente ad ogni decisione in merito.

Particolarmente ampio è, infine, lo spazio lasciato all'autonomia statutaria in una società a responsabilità limitata diretta e coordinata. Al riguardo, non vi è alcun dubbio che lo "statuto organizzativo" del socio di controllo in una s.r.l. è declinato dal legislatore in modo tale da consentire un' efficiente trasmissione delle direttive della capogruppo. Per quanto più interessa, in questo contesto normativo si potrebbe prospettare un impiego dell'autonomia statutaria per facilitare l'esercizio della direzione unitaria da parte della capogruppo. Più in particolare e sempre in funzione esemplare, si potrebbe ipotizzare una clausola statutaria che riservi ai soci (e dunque al socio di controllo) una competenza (significativa) sull'amministrazione della società (art. 2479, primo comma, c.c.) ovvero che attribuisca ad un singolo socio "diritti particolari riguardanti l'amministrazione" di contenuto tale da facilitare l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della società c.d. dominante (art. 2468, terzo comma, c.c.).

Umberto Tombari

-
- 1)** In argomento sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici alla letteratura italiana e tedesca, a TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 261 ss., ove un tentativo di esaminare gli strumenti di regolazione negoziale della "società di gruppo" (contratto sociale, contratti parasociali, contratto c.d. di collegamento gerarchico); sul punto v. anche R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, 3, Torino, 2007, 799 ss.

- 2) In tal senso MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 331; sul punto v., ad esempio, anche TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 68; ID., *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 741 ss.; ID., *Ente non profit "capogruppo" e disciplina della "direzione e coordinamento di società" (artt. 2497 ss., cc.)*, in AA. VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, 2007, 174 ss.; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* G.F. Campobasso, diretto da ABBADESSA e PORTALE, 3, cit., 876 ss.; CIRCOLARE ASSONIME N. 44/2006, in *Riv. soc.*, 2006, 1099 e 1102 ss. Per una visione più limitata degli spazi dell'autonomia privata nella disciplina del gruppo v. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *BBTC*, 2005, I, 86 ss.; R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 799 ss.
- 3) Su questo problema sia consentito rinviare a TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. di gruppo tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 122 ss.
- 4) Al riguardo, si deve tuttavia segnalare che secondo Trib. Roma, 17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 215 "la nuova disciplina della attività di direzione e coordinamento di società contenuta negli art. 2497 ss. c.c. (...) induce a valutare con favore la validità dei contratti di dominazione".
- 5) Cfr., anche per i numerosi riferimenti bibliografici, EMMERICH/HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 5. ed., München, 2008, 109 ss.; EMMERICH/HABERSACK, *Konzernrecht*, 9. ed., München, 2008, 183 ss..
- 6) Per il significato stipulativamente attribuito a tale locuzione cfr. SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni*, in *I Gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, III, Milano, 1996, 2179.
- 7) Nel senso che l'art. 2497-septies, c.c., conferma la legittimità del c.d. contratto di coordinamento (o collegamento) gerarchico tra società v. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. "Liber Amicorum"* G.F. Campobasso, diretto da ABBADESSA e PORTALE, 2, Torino, 2007, 31; MONTALENTI, *op. ult. cit.*, 330 ss.; VALZER, *op. cit.*, 870 ss.; CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il "sovrano" ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 147; TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., 67-68 con l'Errata Corrige pubblicato nella stessa *Rivista*, 2004, fascicolo 31.2, p. VII [una versione più aggiornata di questo saggio è pubblicata in M. RESCIGNO – SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, Giuffrè, 2004, 172 ss.]; per una diversa valutazione della portata della disposizione in commento v. invece R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 799 ss.. A favore della liceità dei contratti di coordinamento anche gerarchici (nei limiti del rispetto dell'interesse sociale della controllata) sembra anche RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, 540-541.
- 8) Per considerazioni sostanzialmente analoghe v., ad esempio, MONTALENTI, *op. ult. cit.*, 331 ["non si vede per quale ragione sia lecito esercitare (senza conseguenze risarcitorie) una corretta direzione unitaria nei confronti di società controllate, come si evince dall'art. 2497, comma 1, ma non sia invece lecito, a fortiori, regolamentare contrattualmente il contenuto, che dovrà essere necessariamente non illecito (arg. ex art. 1346 c.c.) e pertanto non contrario ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"]; GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 31, secondo la quale alla base del gruppo vi sarebbe un fenomeno di "collegamento" tra i vari contratti di società (26 ss.).
- 9) Sul punto sia consentito rinviare a TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 282 ss.
- 10) MONTALENTI, *op. ult. cit.*, 332.
- 11) V. ad esempio il caso esaminato da GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, cit., 86 ss.

- 12)** Così, esattamente, MONTALENTI, *op. ult. cit.*, 333.
- 13)** MONTALENTI, *op. ult. cit.*, 332.
- 14)** Si pensi, ad esempio, ad un gruppo controllato da un ente pubblico territoriale. Al riguardo, si deve prendere atto che, fungendo da disposizione di "interpretazione autentica", l'art. 19, sesto comma, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78 ("Disposizioni urgenti per fronteggiare la crisi economica, il sostegno alle famiglie, la semplificazione e la stabilizzazione della finanza pubblica, nonché proroga di termini previsti da disposizioni legislative e della partecipazione italiana a missioni internazionali"), convertito in legge n. 102 del 3 agosto 2009, prevede espressamente che "l'articolo 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, *diversi dallo Stato*, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria". Ebbene, se certamente la norma appena citata risolve definitivamente (in senso negativo) il problema dell'assoggettamento dello Stato alla responsabilità da "abuso di direzione e coordinamento", non altrettanto può dirsi per gli altri "enti pubblici territoriali", i quali potrebbero ritenersi soggetti all'art. 2497 c.c. nell'ipotesi (non astratta), in cui detengano partecipazioni sociali "nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria". Per alcune prime riflessioni su questa disposizione v. CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, 472, nt. 14 del testo in corso di pubblicazione in *RDS*.
- 15)** In argomento cfr. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. di gruppo tra disciplina legale e autonomia privata*, cit., 121 ss.
- 16)** Sulla competenza dell'assemblea dei soci nelle materie di cui all'art. 2479, secondo comma, n. 5, c.c. v., ad esempio, CIAN, *Le decisioni dei soci*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da IBBA e MARASÀ, IV, Padova, 2009, 14 ss., al quale si rinvia per ogni ulteriore riferimento bibliografico.
- 17)** MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 358.
- 18)** A queste conclusioni, sebbene in un contesto normativo anteriore alla riforma del 2003, ero giunto in TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 286-287.
- 19)** Per maggiori riferimenti sia consentito rinviare a TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 172 ss.
- 20)** In argomento cfr. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 172 ss.
- 21)** Al riguardo, si potrebbe sostenere che il passaggio da società autonoma a società "di gruppo" (dominante o dipendente) richiede una modifica della clausola dell'oggetto, che consente "un cambiamento significativo dell'attività della società" non per quanto attiene alla tipologia, ma alle "modalità di svolgimento".
- 22)** Cfr. ancora MONTALENTI, *op. ult. cit.*, 331; in generale v. anche MONTALENTI, *La traslazione dei poteri nei gruppi di società: i management contracts*, in MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, Corporate Governance*, Padova, 1999, 111 ss..
- 23)** VALZER, *op. cit.*, 879.
- 24)** Più in particolare, in base alla tipologia più diffusa di "contratti di servizi", la capogruppo generalmente presta attività, in favore e nell'interesse delle controllate, in ambiti quali pianificazione, finanza e controllo; amministrazione; risorse umane; servizi generali; affari generali e legali; altri servizi c.d. corporate.
- 25)** Altro e distinto problema è quello relativo all'identificazione dell'organo sociale competente a deliberare la stipula di tali contratti, allorché essi siano in grado di incidere significativamente sul piano operativo,

organizzativo e strutturale delle società coinvolte (sul punto cfr. PORTALE, DACCÒ, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 463 ss.).

- 26)** Per alcune riflessioni su questo punto cfr. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. di gruppo tra disciplina legale e autonomia privata*, cit., 122 ss.
- 27)** Cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 17 giugno 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, 306; App. Milano, 27 gennaio 1984, in *BBTC*, 1985, II, 485.
- 28)** In tal senso BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2004, 14; CALANDRA BUONAURA, *Gestione e rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 4, Torino, 1991, 125 ss.; LATELLA, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 124 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici; in giurisprudenza App. Bari, 4 dicembre 1989, in *Il Foro italiano*, 1990, 651.
- 29)** CALANDRA BUONAURA, *op. ult. cit.*, 126.
- 30)** Cfr. CALANDRA BUONAURA, *op. ult. cit.*, 127; in senso ancor più restrittivo cfr. PORTALE, *Procura generale conferita a sindaco di società per azioni e rilascio di cambiali ipotecarie di favore per altra società del gruppo (un caso clinico)*, in *BBTC*, 1987, I, 342.
- 31)** Così BONELLI, *op. ult. cit.*, 13-14.
- 32)** Per maggiori riferimenti sia consentito rinviare ancora a TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. di gruppo tra disciplina legale e autonomia privata*, cit., 122 ss.
- 33)** Già prima della riforma per alcune considerazioni sul ruolo dello "statuto" nella disciplina delle "società appartenenti ad un gruppo" sia consentito rinviare a TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 265 ss.
- 34)** V., ad esempio, R. SANTAGATA, *op. ult. cit.*, 823 ss., ove si ritengono nulle eventuali clausole statutarie che attribuiscono ad un soggetto esterno (il controllante) il potere di nominare gli amministratori della società controllata.
- 35)** Sul punto cfr. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 269, ove ulteriori riferimenti bibliografici.
- 36)** Per un esempio con riferimento ad un gruppo di imprese ove la s.p.a. capogruppo abbia adottato un sistema c.d. dualistico v. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza*, in *BBTC*, 2008, I, 728-729.