

MARCO LAMANDINI

COMMENTO ALL'ART. 2497 *SEXIES*; LE
FUSIONI TRANSFRONTALIERE



giuffrè editore - 2016

Estratto dal volume:

LE SOCIETÀ PER AZIONI

Codice civile e norme complementari

Diretto da

Pietro Abbadessa - Giuseppe B. Portale

a cura di

Mario Campobasso - Vincenzo Cariello - Umberto Tombari

Tomo II

Codice civile (artt. 2436-2451, 2484-2506 *quarter*, 2621-2642)

Fusioni transfrontaliere

Testo unico della finanza

(artt. 83 *bis*-89, 114 *bis*, 120-123, 123 *ter*, 125 *bis*-127 *sexies*, 130, 132, 135 *novies*-135 *undecies*, 136-138, 141-144, 145-154 *quarter*)

**2497
sexies**

(1) **Presunzioni.** — *Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359* (2) (3).

(1) V. nota al Capo IX.

(2) Comma così modificato dall'art. 5 d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6, come modificato dall'art. 5, comma 1, lett. *aaa*, d.lg. 6 febbraio 2004, n. 37.

(3) Seguiva un secondo comma soppresso dall'art. 5 d.lg. n. 6, cit., come modificato dall'art. 5, comma 1, lett. *aaa*, d.lg. n. 37, cit.

di **MARCO LAMANDINI**

BIBLIOGRAFIA

BIANCHI L.A., *Note sulla nozione di "controllo" nei principi contabili internazionali IAS/IFRS in materia di bilancio consolidato*, in *Riv. soc.*, 2011, 253; CARIELLO [1], *Commento all'art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Jovene, III, 2004; CARIELLO [2], *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, 1; DAL SOGLIO, *Commento agli artt. 2497 sexies e 2497 septies*, in *Commentario*, a cura di Maffei Alberti, III, Cedam, 2005; FIGÀ TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, 1202; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura del medesimo, Zanichelli, 2005; IRACE, *Commento all'art. 2497 sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Giappichelli, 2003, 348; LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica*, Giuffrè, 1995; MADDALUNO, *Dieci anni di giurisprudenza sulla "direzione e coordinamento" di società*, in *G. comm.*, 2013, II, 743; MONTALENTI [1], *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 320; MONTALENTI [2], *I gruppi di società*, in Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti, *Le società per azioni*, in *Tratt. d. comm.*, a cura di Cottino, IV, 1, 2010, 1039 ss.; 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 *G. comm.*, 2004, I, 983 ss.; NOTARI, BERTONE, *Art. 2359*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, 2008; PICCIAU C., *Art. 2497 sexies*, in MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI e NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, 2012; WEIGMANN, *Verso una definizione di s.r.l. controllata*, in corso di pubblicazione in *Riv. d. soc.*, 2014, 30.

SOMMARIO

1. Premessa. — 2. Il coordinamento tra la presunzione da "consolidamento" e quella da "controllo" codicistico. — 3. La prova contraria.

1. Premessa. Il nostro ordinamento e quello europeo, come è ben noto (sia consentito rinviare sul punto al commento all'art. 2359 c.c.) ricollegano alle fattispecie di "controllo" interno una prognosi di influenza determinante potenziale sull'assemblea della stessa. Nel nostro ordinamento, inoltre, a seguito della riforma del diritto societario, l'art. 2497 *sexies* ricollega al "controllo" anche la presunzione, che espressamente si prevede ammetta la prova contraria ed è dunque relativa (*iuris tantum*), di esercizio effettivo di direzione e coordinamento, e dunque una prognosi di effettiva influenza gestionale sulla complessiva attività d'impresa idonea a realizzare il coordinamento delle politiche gestionali di gruppo. Direzione e coordinamento e controllo sono, naturalmente, fattispecie distinte, nel senso che, come è stato correttamente osservato, la prima costituisce un sottoinsieme della seconda connotata da un *quid pluris* di potere sia in termini

di effettività sia in termini di contenuto (per tutti MONTALENTI [2], 1039; C. PICCIAU, 345, ove anche l'esatta precisazione che, viceversa, secondo un orientamento ormai consolidato e corretto, direzione unitaria e direzione e coordinamento sono espressioni nei fatti equivalenti; in giurisprudenza, riconosce che nonostante l'esistenza del controllo, per ritenersi sussistente la direzione e coordinamento occorra la prova di un *quid pluris* sintomatico di un'ingerenza gestionale effettiva nell'attività d'impresa Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Riv. d. priv.*, 2009, II, 115; Trib. Palermo, 15 giugno 2010, in *F. it.*, 2011, c. 3184).

Sono anzitutto gli amministratori della società controllata che, ai sensi dell'art. 2497 *bis*, devono verificare se il "controllo" dia luogo o meno, nello specifico caso, a direzione e coordinamento della controllante sulla controllata, giacché essi sono obbligati a dare iscrizione nel registro delle imprese della soggezione all'altrui direzione e coordinamento, pena l'insorgenza in capo agli stessi, in caso di omessa iscrizione, di responsabilità per i danni che la mancata conoscenza di tale fatto abbia recato ai soci o ai terzi. Ma la questione riveste, naturalmente, importanza anche per i soci e i creditori della controllata in ipotesi lesi nei loro interessi protetti dalla gestione della società frutto di altrui direzione e coordinamento, giacché lo speciale regime di responsabilità da direzione e coordinamento previsto dall'art. 2497 c.c. presuppone la ricorrenza e la prova (anche presuntiva) della stessa.

2. Il coordinamento tra la presunzione da "consolidamento" e quella da "controllo" codicistico. La presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c. rinvia a due nozioni di "controllo", le quali tuttavia non vengono considerate dalla norma in una relazione di reciproca esclusione bensì in una relazione di necessaria complementarietà.

Anzitutto si rinvia alla nozione *speciale* dettata in materia contabile ai fini della individuazione della società o dell'ente tenuto al consolidamento (sulla quale v. da ultimo, diffusamente, L.A. BIANCHI, 253 nonché C. PICCIAU, 352 ss.), la quale, a sua volta, si articola in modo parzialmente differenziato a seconda che rilevi la disciplina *generale* del consolidamento dei conti o quella *speciale* prevista nei settori regolamentati.

In secondo luogo, e ad integrazione e completamento in ogni caso delle fattispecie di controllo che impongono il consolidamento, viene fatto rinvio alla nozione generale di "controllo" di cui all'art. 2359. Ciò consente di rinviare, sul punto, al commento dell'art. 2359, giacché l'ampiezza in concreto della presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* risente profondamente, a ben vedere, delle opzioni interpretative prescelte nell'interpretazione della nozione generale di "controllo", ad esempio in punto di "controllo" plurimo disgiunto, di "controllo" congiunto (v. CARIELLO [2], 34; CARIELLO [1], 1869, nt. 56), di "controllo" contrattuale. Peraltro, come è stato anche di recente opportunamente segnalato, si deve usare cautela nell'applicazione analogica della definizione di controllo dettata per la s.p.a. alla s.r.l. (WEIGMANN, 34), atteso che il regime legale della s.r.l. dettato dalla riforma del diritto societario consente opzioni statutarie (ad esempio in tema di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva ai sensi dell'art. 2475 co. 3 c.c., di riserva a singoli soci dell'incarico di

amministrazione ai sensi dell'art. 2468 co. 3 e 4 c.c.) che potrebbero in talune situazioni rendere insufficiente, ai fini della ricorrenza dell'influenza dominante, la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea (salvo considerare inderogabile, come suggerisce l'A. ora ricordato, il diritto di deferimento all'assemblea delle decisioni sugli atti di gestione ai sensi dell'art. 2479 co. 1 e 4 c.c.).

Peraltro, per quanto la norma dell'art. 2497 *sexies* utilizzi il rinvio all'art. 2359 come una "norma di chiusura" (come risulta manifesto dall'espressione "*o che comunque* la controlla ai sensi dell'art. 2359"), con ciò lasciando intendere che il legislatore si è verosimilmente prefigurato che la definizione di controllo di cui all'art. 2359 abbia ampiezza maggiore di quella rilevante ai fini della c.d. area di consolidamento, possono ricorrere anche ipotesi in cui la disciplina speciale sul consolidamento qualifica come di "controllo" in base ad altri rapporti giuridici diversi da quelli contemplati dall'art. 2359, fattispecie che possono viceversa sfuggire alla nozione codicistica. La lettera dell'art. 2497 *sexies* sembra tuttavia chiara nel prevedere che, perché possa invocarsi la presunzione di "controllo", è sufficiente che una certa fattispecie concreta possa sussumersi in almeno una delle due nozioni di "controllo" evocate dall'art. 2497 *sexies* (quella speciale da consolidamento o quella generale), sicché rientrano nell'ambito dell'art. 2497 *sexies* tutte le ipotesi di (genuino) controllo che, in direzione bi-univoca, siano previste dall'uno o dall'altro sistema "nozionale" di riferimento (che, come è noto, presentano una articolazione talora complessa, tenuto anche conto degli indici aggiuntivi e speciali di direzione unitaria presenti nella legislazione speciale), anche qualora non risultino, in ipotesi, condivise dai due.

3. La prova contraria. La questione centrale, nell'applicazione dell'art. 2497 *sexies*, appare tuttavia quella della c.d. prova contraria e cioè di come sia possibile sovvertire la, pur relativa, presunzione di direzione e coordinamento ove ricorrano le fattispecie di "controllo" descritte dalla norma. La disciplina legale ha infatti inteso esprimere il principio (GALGANO, 192 il quale ricorda come a conclusioni analoghe fosse pervenuto prima della riforma del diritto societario LAMANDINI, 241) che "si presume che la società controllante si avvarrà delle propria posizione di supremazia derivante dalle partecipazioni azionarie o dai vincoli contrattuali per determinare la condotta degli affari delle società dipendenti, imponendo agli organi di queste la propria direzione". La presunzione è tuttavia solo relativa ed ammette la prova contraria.

A riguardo taluna dottrina ha ritenuto che la prova contraria si traduca nei fatti in una *probatio diabolica* (DAL SOGLIO, 2424). Ciò non di meno, è orientamento maggioritario e corretto che il carattere solo relativo della presunzione deve (e può) lasciare spazio ad una adeguata valutazione in 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 ogni qual volta 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” (v. C. PICCIAU, 371; FIGÀ TALAMANCA, GENOVESE, 1202) o comunque, tenuto anche conto dei doveri che la legge comunque impone alla controllante di vigilanza e monitoraggio sulla controllata, di “non essere andata più in là dell’esercizio dei poteri di controllo” (NOTARI, BERTONE, 726).

Ed invero, non solo la dottrina (v. LAMANDINI, 79), ma anche l’esperienza applicativa hanno da tempo evidenziato come l’autonomia statutaria e contrattuale possa essere legittimamente esercitata al fine di assicurare, ad esempio mediante clausole statutarie e 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 “controllata” secondo le nozioni di controllo rilevanti ai fini dell’art. 2497 *sexies* quel livello di autonomia e “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 indirizzarne le scelte gestionali più rilevanti. A riguardo rileva, con le specificità insite nel modello di amministrazione concretamente assunto (che può, nel caso del modello di amministrazione dualistico, probabilmente favorire una maggiore separatezza di ruoli tra soci e gestori e comunque assurgere, in molti casi, a valore simbolico di una più spiccata autonomia del *management* dagli azionisti), il regime statutario di articolazione delle funzioni gestorie e di indirizzo strategico (e in tale prospettiva anche il ruolo e la rilevanza numerica degli amministratori indipendenti) nonché, soprattutto, il regime contrattuale di obbligo, assunto con la società controllata da parte della controllante “interna”, di limitare la propria influenza esclusivamente a quella dell’influenza dominante in assemblea nella nomina degli amministratori. Si è così, correttamente osservato (GALGANO, 193) che “è legittimo ritenere che la prova contraria di cui al presente articolo possa essere preconstituita 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 statutaria 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”. A risultati analoghi si perviene (ancora GALGANO, 193) mediante l’intestazione della partecipazione ad un *trust* di scopo (ammissibile anche come *trust* interno ai sensi della legge 16 ottobre 1989 n. 364 che ratifica la convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985), purché lo strumento istitutivo assicuri che il *trustee* non sia sottoposto neppure di fatto, nell’esercizio del diritto di voto inerente alle partecipazioni costituite in *trust*, alla volontà e alle istruzioni del disponente.

Si è infine ritenuto (GALGANO, 193) che costituisca prova contraria la circostanza che 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), pur avendosi cura di precisare (ancora GALGANO, 195) che qualora l'intermediazione nella circolazione del controllo si prolunghi nel tempo (superando in tal modo la prospettiva di una detenzione solo transitoria del controllo) sia "giocoforza appostare in bilancio la partecipazione quantunque preordinata alla successiva rivendita, fra le immobilizzazioni finanziarie".