

## Operazioni infragruppo e il criterio dei vantaggi compensativi

di Tofani Cristiano Augusto, De Ficchy Francesco

---

*Sommario: 1. Premessa. Il fenomeno dei gruppi di società. – 2. (Segue): L'interesse di gruppo. – 3. Direzione unitaria e rapporto di gruppo. – 4. I limiti alla direzione unitaria e la responsabilità da eterodirezione. – 5. Il criterio dei vantaggi compensativi. – 6. (Segue): I vantaggi compensativi quale criterio scriminante in ambito penale.*

### **1. Premessa. Il fenomeno dei gruppi di società.**

Per gruppo di società si intende un'aggregazione di imprese organizzate nella forma societaria, ciascuna autonoma ed indipendente dalle altre, sebbene tutte assoggettate ad una direzione unitaria. La direzione unitaria (ossia la eterodirezione) è esercitata dalla società capogruppo (o società *holding*) che controlla in modo diretto o indiretto indirizzando l'attività delle stesse imprese controllate con il fine di raggiungere uno scopo comune a tutte le società del gruppo. Da un punto di vista economico, invece, il gruppo di società identifica un'unica impresa.

Nella prassi i gruppi di società sono frequentemente utilizzati in particolare dalle grandi imprese presenti sul territorio di più stati. Le articolazioni sono molteplici: ad esempio, nei gruppi c.d. a catena, la società alfa controlla e dirige la società beta che a sua volta controlla e dirige la società gamma e così via; mentre nei gruppi c.d. a raggiera la società capogruppo controlla e dirige tutte le altre società del gruppo.

In base alle teorie economico-aziendali, ciò che individua un gruppo a livello sostanziale nel senso di “*aggregato di aziende che in modo complementare ed interattivo costituiscono un'unità economica, al pari della singola impresa*”, sono elementi materiali e immateriali. In particolare, si rileva la direzione unitaria delle imprese aggregate, che coagula gli elementi esteriori ed eleva il gruppo ad unità economica, sia pure di secondo grado rispetto alla singola azienda, unità economica di primo grado” (1).

Il fenomeno, tuttavia, per lungo tempo è stato ignorato dal legislatore non rinvenendosi né nel previgente codice, né in alcuna legge speciale una disciplina organica. Nel dicembre del 1984 la Commissione Europea aveva avviato una procedura di consultazione per arrivare ad una proposta di riforma (2), senza provvedere con l'emanazione di una regolamentazione. L'interesse sul fenomeno dei gruppi di società è rilevante in quanto presenta diversi vantaggi per chi intende esercitare attività di impresa combinando l'unità a livello economico di tutte le imprese nel gruppo con la moltitudine di autonome distinte società garantendo la diversificazione dei rischi, la più efficiente acquisizione di mezzi e risorse, la possibilità di effettuare economia di scala grazie alla espansione in diversi settori e mercati.

L'ordinamento italiano interviene sul fenomeno con le norme che disciplinano il controllo societario ed i rapporti tra società controllante e sue controllate (3), e quelle relative all'attività di direzione e di coordinamento di società (artt. 2497 ss. cod. civ.). Inoltre, la normativa si interessa dei gruppi con riguardo alle scritture contabili, in particolare prevedendo la facoltà per la società capogruppo di redigere un bilancio consolidato che essenzialmente consideri tutte le società facenti parte del gruppo come un'unica entità economica.

## **2. (Segue): L'interesse di gruppo.**

L'interesse sociale si identifica come l'interesse autonomo delle singole e autonome società appartenenti al gruppo seppure condizionato dalla direzione unitaria e quindi da una logica di gruppo. La strategia di gruppo è quindi l'interesse comune a tutte le società del gruppo, interesse distinto sia dall'interesse della capogruppo sia dall'interesse delle singole società (4).

Autorevole dottrina identifica l'esercizio dell'impresa da parte della capogruppo come *“l'oggetto diretto e immediato della attività della stessa rispetto al quale l'attività delle imprese controllate è strumento mediato di realizzazione del primo ma pur sempre dotato di propria autonoma e distinta configurazione”* (5).

In termini giuridici, per gruppo di imprese non è possibile individuare un'impresa di gruppo in senso tecnico, ma deve riconoscersi una pluralità di imprese tra loro collegate da un nesso di coordinamento unitario, ovvero la gestione e quindi la direzione unitaria che capogruppo prevede per le singole imprese con una strategia di gruppo.

## **3. Direzione unitaria e rapporto di gruppo**

Con direzione unitaria non si intende l'attività di impresa, ma il potere di indirizzo, organizzazione e uniformazione di tutte le società facenti parte del gruppo ad una strategia unitaria. Per attività di direzione e coordinamento si intende l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, ovvero sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali. Ovviamente tale potere è posto in essere da una società o ente che possiede un controllo ponendo la società controllata sotto la propria influenza dominante.

In giurisprudenza la qualificazione dell'attività di direzione e coordinamento è ormai chiara. Ad esempio, il provvedimento del Tribunale di Torino del 21 dicembre 2012, nel caso Bertone, ha ravvisato la direzione unitaria nell'*"accentramento di funzioni gestorie in seno alla capogruppo o (di) elaborazione da parte della medesima di programmi finanziari e produttivi di gruppo, cosicché l'esercizio della direzione unitaria significa che le società controllate vengono usate come strumento della politica aziendale di gruppo, mediante un accentramento presso la controllante di funzioni e strategie inerenti la gestione delle controllate"* (6).

Per individuare la nozione di controllo nelle società di capitale, l'ordinamento interviene con l'art. 2359 cod. civ. (insieme alle diverse e numerose leggi speciali) e ai sensi del predetto articolo, una società è qualificata come controllata in tre ipotesi: a) quando un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (controllo di diritto); b) quando un'altra società detiene una partecipazione nel capitale non disponendo tuttavia di della maggioranza assoluta, ma dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (controllo di fatto); c) quando l'influenza dominante è determinata da particolari vincoli contrattuali (controllo contrattuale).

Il rapporto giuridico di gruppo si configura in un regolamento di gruppo e, di conseguenza, le direttive e le istruzioni della società controllante sono legittime su base negoziale (Tale tesi (7) ha trovato conferma in pronunce della giurisprudenza di merito: Tribunale di Biella, provvedimento del 12 marzo 2007; Tribunale di Cagliari, provvedimento del 14 aprile 2011). Tuttavia, l'attività di direzione e coordinamento posta in essere da parte della società controllante, seppur finalizzata al compimento di atti che apportano benefici per il gruppo unitariamente considerato, potrebbe in astratto essere pregiudizievole per azionisti e creditori delle diverse società controllate (8). A tutela di tali soggetti, la riforma del diritto societario del 2003 ha approntato una serie di cautele e rimedi. Da considerare inoltre il fatto che a livello giuridico resta fermo il principio della formale indipendenza giuridica (distinta personalità giuridica) delle diverse società del gruppo.

La giurisprudenza infatti è chiara nel non qualificare il gruppo di società quale una nuova e distinta persona giuridica rispetto alle società appartenenti al gruppo (Cass., 24 settembre 2010, n. 20231; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3482). Di conseguenza da tale principio ne discende che la società *holding* non può ritenersi responsabile per le obbligazioni contratte dalle società controllate e la tutela introdotta dal legislatore risponde all'esigenza di vietare alla capogruppo di disporre legittimamente che le società controllate pongano in essere atti pregiudizievoli per queste ultime considerate separatamente e non in un'ottica di gruppo.

#### **4. I limiti alla direzione unitaria e la responsabilità da eterodirezione.**

Seppur posta in essere legittimamente, l'attività di direzione della capogruppo è soggetta a precise cautele ed a confini di legittimità al fine di individuare un equilibrio tra il potere della capogruppo e l'autonomia economica e giuridica delle controllate. Nell'eventualità in cui l'autonomia della controllata venga erosa in modo pregiudizievole da parte della capogruppo, interviene l'art. 2497 cod. civ. prevedendo che quest'ultima sia tenuta ad indennizzare direttamente azionisti e creditori delle società controllate. Per soggetti

responsabili la norma intende “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” (9) e rispondono in solido con questi chi abbia preso parte al fatto/atto pregiudizievole per la controllata sia chi ne abbia tratto beneficio in modo consapevole. Trattasi di un’azione di responsabilità di natura contrattuale esercitata dai soci e dai creditori sociali in modo diretto e non in via surrogatoria di quella eventualmente spettante alla società controllata (per la giurisprudenza di merito: provvedimento Corte d’Appello di Milano del 20 giugno 2012), nell’eventualità in cui quest’ultima non sia in grado di soddisfarli.

## **5. Il criterio dei vantaggi compensativi.**

La linea di confine tra l’esercizio legittimo del potere di direzione unitaria e l’abuso con relativo pregiudizio degli interessi delle società controllate risulta più chiara con l’intervento del criterio (melius, teoria) dei vantaggi compensativi, “il cui obiettivo è l’individuazione di un punto di equilibrio tra due opposte esigenze: da un lato, la funzionalità dell’esercizio dell’impresa in forma di gruppo, improntato al coordinamento fra centri di interessi e di profitto fra loro autonomi e, dall’altro, la tutela dell’interesse della società controllata?. Il principio fondamentale su cui poggia la teoria in questione afferma che tutte le azioni che causino un pregiudizio per la società appartenente al gruppo possano e debbano considerarsi legittime qualora rientrano in un’ottica di compensazione tra vantaggi e svantaggi che deve essere valutata alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento”(10).

Quindi, la capogruppo può legittimamente determinare con proprie direttive dei pregiudizi economici alle società controllate con la condizione di perseguire vantaggi compensativi attuali (o prevedibili) in favore del gruppo. La scriminante si ritrova la compensazione economica attuale e quella prevedibile, che non deve risultare da meri apprezzamenti soggettivi, bensì da criteri di matrice aziendale, economica e finanziaria.

L’art. 2497 cod. civ. nell’ultima parte del primo comma, è la base di tale teoria prevedendo 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”. In tale direzione si sono dirette le corti di merito ritenendo legittima l’attività di direzione e coordinamento in diversi casi (ad esempio, Tribunale di Milano, 25 ottobre 2012 in tema di contratti di servizi di gruppo a valori predeterminati a forfait).

Tuttavia, può risultare difficilissimo attribuire il giusto valore economico al meccanismo compensativo effettuato dalla capogruppo, in particolare considerando che l’analisi deve concentrarsi sull’idoneità dell’attività di direzione della capogruppo alla compensazione di un possibile pregiudizio ai danni di una società controllata con un vantaggio in favore del gruppo di società autonomamente considerato. La difficoltà deriva principalmente dai criteri elastici che sono utilizzati nella valutazione dell’economicità di una operazione economica nella realtà degli affari (scelte che dipendono da una vasta serie di valutazioni, dalla congiuntura economica alle capacità produttive delle società del gruppo, attuali al momento del compimento dell’operazione).

## 6. (Segue): I vantaggi compensativi quale criterio scriminante in ambito penale.

La Cassazione con una recente sentenza (Cassazione Penale, Sez. V, 5 luglio 2017, n. 47834) chiarisce che in caso di bancarotta fraudolenta è necessaria la dimostrazione dei vantaggi compensativi per escludere la natura distrattiva di operazioni infragruppo. Il criterio dei vantaggi compensativi può soccorrere l'interessato per escludere gli estremi del reato di bancarotta patrimoniale distrattiva. Tuttavia, l'interessato deve *“dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata”* e non risulta sufficiente *“allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante”*.

La sentenza chiarisce che il reato può ritenersi escluso se l'attività dell'amministratore sia stata posta in essere con la ragionevole previsione che ne sarebbe conseguito un vantaggio per il gruppo e che i benefici indiretti della società fallita compensino gli effetti pregiudizievoli sul patrimonio rendendo l'atto distrattivo incapace di pregiudicare gli interessi di creditori e soci della società controllata. Quindi nel caso della sentenza in esame, la Suprema Corte accerta che *“per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo non è sufficiente allegare tale natura intrinseca, dovendo invece l'interessato fornire l'ulteriore dimostrazione del vantaggio compensativo ritratto dalla società che subisce il depauperamento in favore degli interessi complessivi del gruppo societario cui essa appartiene”*.

-----

- (1) Cfr. I gruppi aziendali strutture e bilanci consolidati, S. SARCONI, 1993.
- (2) Cfr. L'harmonization du droit des groupes de sociétés. La proposition d'une Directive de la Commission de la CEE, IMMENGA, 1986.
- (3) I legami intersocietari originano da vincoli formali e non formali, o di fatto. In tema di fattispecie di controllo previste ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., si veda *“Le fattispecie legislative di controllo nelle società di capitali”*, C.A. Tofani e F. De Ficchy, Lex24 Società, 2019.
- (4) Cfr. L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza, MONTALENTI, 2016 che richiama la definizione di G. Ferri.
- (5) Cfr. L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza, MONTALENTI, 2016.
- (6) Cfr. una nota sul provvedimento in de quo in [www.giurisprudenzadelleimprese.com](http://www.giurisprudenzadelleimprese.com).
- (7) *“L'emanazione di direttive, circolari, istruzioni è espressione della proposta contrattuale di formazione del rapporto di gruppo: l'accettazione o espressa o attraverso atti esecutivi è ipostatizzazione di un rapporto giuridico bilaterale. Il regolamento di gruppo è la forma negoziale codificata nel rapporto giuridico bilaterale”*, MONTALENTI, L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza, 2016.
- (8) Ad esempio, la società controllata presta garanzie o finanzia direttamente un'altra società del gruppo senza prevedere alcun vantaggio diretto dall'operazione.
- (9) La disposizione ai sensi dell'art. 2497 cod. civ. è stata oggetto di una norma di interpretazione autentica, in particolare dell'art. 19, comma 6, d.l. 1-7-2009, n. 78, convertito con l. 3-8-2009, n. 102).

(10) Cfr. Gruppi di società e oggetto sociale, G. SETTANNI, M. RUGGI, 2019, Roma.

---