

PROF. AVV. UMBERTO TOMBARI
STRAORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ DI FIRENZE
50123 FIRENZE - CORSO ITALIA, 29
TEL 0039 055. 2399664 - FAX 0039 055 2399672

PROF. AVV. ANDREA ZOPPINI
ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ DI ROMA TRE
00195 ROMA - VIA G. FERRARI, 11
TEL 0039 06. 37353760 - FAX 0039 06.23322141

Roma, 12 ottobre '04

Sp.le
Assofiduciaria
Via Piemonte, 39
Roma - 00187

Via corriere di Città

Parere pro veritate

Fattispecie e quesito.

Siamo richiesti di esprimere un parere in ordine ai seguenti quesiti:

- a) se ed in quali termini le società fiduciarie costituite ai sensi della l. 23 novembre 1939, n. 1966 che detengono partecipazioni sociali di "controllo" possono essere considerate "società che esercitano

attività di direzione e coordinamento” in forza della presunzione contenuta nell’art. 2497-*sexies* c.c. e, in termini più generali, in ragione delle caratteristiche dell’attività concretamente svolta;

- b) se – ed eventualmente in quali termini e limiti – le società fiduciarie “controllanti” possono fornire una “prova contraria” al fine di superare la presunzione sopra indicata;
- c) se gli amministratori di società la cui partecipazione di controllo sia intestata ad una società fiduciaria debbano, indipendentemente dalla risposta ai quesiti precedenti, iscriverne quest’ultima ai sensi ed agli effetti di cui all’art. 2497-*bis*, primo, secondo e terzo comma, c.c.;
- d) se, più in generale, con riferimento alla fattispecie in esame trovino applicazione (*anche*) le (ulteriori) disposizioni sulla «direzione e coordinamento di società» (*id est*, disciplina del gruppo di imprese: art. 2497 ss., c.c.), e ciò con quali effetti.

1. – *La nuova disciplina dei gruppi di società.*

In via preliminare, conviene soffermarsi sui tratti essenziali della nuova disciplina sul «gruppo di imprese» (artt. 2497 ss. c.c.: “Direzione e coordinamento di società”), introdotta dalla c.d. riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) e già in vigore dal 1° gennaio 2004.

Al riguardo, è opportuno osservare che le proposizioni normative di cui all’art. 2497 ss. c.c. – in primo luogo quella sulla responsabilità (art. 2497 c.c.) – «sono ispirate ad un principio di effettività, disciplinando un *fatto* e, più in particolare, *l’attività di direzione e coordinamento di società*, a prescindere dalla fonte del potere (contratto, partecipazione sociale, *interlocking directorates*, ecc.), in forza del quale tale attività viene esercitata» (TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pp. 66-67; per considerazioni analoghe v., tra gli altri, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, p. 135 ss. e spec. p. 156; IRACE, in *La riforma delle società*, a cura di Santoro e Sandulli, Torino, 2003, *sub* art. 2497-*bis*, p. 326; ZOPPINI, *I gruppi di società*, Relazione al Convegno del Sole-24 Ore, Roma 16 giugno '04).

In questa prospettiva non rileva il *profilo statico* del “controllo societario” (cfr. art. 2359 c.c.), ma il *profilo dinamico* della “attività di direzione e coordinamento”: ciò che rileva non è, in sostanza, *la mera possibilità* di esercitare una “influenza dominante” su una o più società (“controllo societario”), ma *l’esercizio effettivo* di tale influenza attraverso una “attività di direzione e coordinamento” di società (sulla distinzione, ormai consolidata, tra “controllo” e direzione unitaria” nel senso appena indicato v., in luogo di molti, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 773).

Per quanto in questa sede più interessa, non vi è dubbio che le medesime considerazioni possono riproporsi con riferimento specifico (anche) alla *normativa sulla “pubblicità”* contenuta nell’art. 2497-bis, primo, secondo e terzo comma, c.c.

A prescindere da un esame specifico delle disposizioni normative a ciò dedicate (in argomento cfr. IRACE, *op. cit.*, p. 324 ss.; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1257 ss.; SALANITRO, *Società di capitali e registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 687; LIBONATI, *L’impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale. La società di persone – La società per azioni*, Milano, 2004, pp. 281-282), conviene sin da ora rilevare che le società “controllate” sono obbligate ad indicare negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione nel registro delle imprese, *non* la società “controllante”, *ma* la società (o l’ente) alla cui attività di direzione e coordinamento sono *effettivamente* assoggettate.

1.1. - È quanto mai opportuno sottolineare, inoltre, che le disposizioni di cui agli artt. 2497 ss. c.c. rappresentano una disciplina c.d. *transtipica*, ossia una disciplina che prescinde dal tipo societario assunto dall’impresa, nel senso che sono stati introdotti una serie di principi generali, i quali trovano applicazione per ogni società «appartenente ad un gruppo» (in questi termini TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., p. 67). Al riguardo, considerato che «le società fiduciarie possono essere costituite secondo uno qualsiasi dei tipi sociali che consentono l’esercizio di un’attività commerciale» (BORGIOIOLI, voce *Società fiduciaria*, I, *Diritto commerciale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1993, p. 3; per considerazioni sostanzialmente analoghe v., ad esempio, NUZZO, *op. cit.*, p. 1097; DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 104), ogni società fiduciaria che detiene una «partecipazione di controllo» potrebbe astrattamente fungere da destinataria delle disposizioni sulla «direzione e coordinamento di società».

2. – *La funzione delle presunzioni nella prova della direzione e del coordinamento.*

Se questi sono i tratti essenziali della nuova disciplina del gruppo di imprese, il legislatore della riforma – ben consapevole della difficoltà di fornire la prova in merito all’effettivo esercizio di un’attività di direzione e coordinamento da parte di una determinata società – ha introdotto una *presunzione relativa*, stabilendo nell’art. 2497-*sexies* c.c. (come modificato in seguito al d. lgs. n. 37 del 2004) che «ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume *salvo prova contraria* che l’attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell’art. 2359» (corsivo nostro). In sostanza, la disposizione appena citata ricollega al «fatto noto» dell’esistenza di una «situazione di controllo» ai sensi dell’art. 2359 c.c. e/o dell’art. 26 del d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127, il «fatto ignorato» dell’esistenza di un’attività di direzione e coordinamento da parte della società controllante sulle società controllate. E ciò sull’esatto presupposto che, con ogni probabilità, «la società controllante si avvarrà della 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» (GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 1020).

Prescindendo da un esame puntuale dei contenuti della disposizione in esame (sul punto v., anche per alcune considerazioni critiche, PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 772 ss.; IRACE, *op. cit.*, p. 347 ss.; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, p. 540), una presunzione sostanzialmente analoga esiste del resto – e per le medesime ragioni – in un’esperienza legislativa, alla quale il legislatore della riforma si è certamente ispirato: il riferimento è, in particolare, all’ordinamento tedesco, ove il § 18, *Abs. 1*, della legge azionaria (*Aktiengesetz*) del 1965 stabilisce che, in presenza di una relazione di “dipendenza” (= “controllo societario”) tra due società, si presume, *salvo prova contraria*, l’esistenza di una “direzione unitaria” (= “attività di direzione e coordinamento”) e quindi di un gruppo (in argomento v. HÜFFER, *Aktiengesetz*, 5. ed., München, 2002, pp. 78-79; EMMERICH-SONNENSCHNEIN-HABERSACK, *Konzernrecht*, 7. ed., München, 2001, pp. 67-68; EMMERICH-HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht. Kommentar*, 2. ed., München, 2001, p. 54 ss.; TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 38 testo e nota n. 66).

2.1. - Limitando l'attenzione alla nozione codicistica di "controllo" (sulla nozione di "controllo" rilevante ai fini dell'individuazione dell'area di consolidamento, la quale risulta in gran parte costruita sulla definizione contenuta nell'art. 2359 c.c., v. OLIVIERI, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, 7 *, Torino, 1994, p. 668 ss.), secondo il disposto contenuto nell'art. 2359 c.c. "sono considerate società controllate":

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria" (c.d. controllo interno di diritto);
- 2) "le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria" (c.d. controllo interno di fatto);
- 3) "le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa" (c.d. controllo contrattuale).

Avendo riguardo all'essenza della nozione di "controllo societario", è da rilevare che una società giuridicamente qualificabile come "controllante" si caratterizza sempre, indipendentemente dai mezzi attraverso i quali viene esercitato il dominio, per la possibilità di esercitare un'influenza dominante su un'altra società, rilevando allora la "mera possibilità" e non "l'effettivo esercizio dell'influenza dominante" [in questi termini v. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 34-35; per analoghe considerazioni cfr., in luogo di molti, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 5. ed., Torino, 2002, p. 293 ss.: «è controllata la società che si trova - direttamente o indirettamente - sotto l'influenza dominante di altra società (controllante), che è perciò in grado di indirizzarne stabilmente l'attività nel senso da essa voluto»].

2.2. - Se questo è vero, ai fini che in questa sede più interessano conviene sottolineare che nel nostro ordinamento "l'imputazione del controllo (e quindi il riconoscimento della qualifica di controllante) dipende dalla possibilità di disporre e non di attuare un potere di influenza qualificata" (CARIELLO, *"Controllo congiunto" e accordi parasociali*, Milano, 1997, p. 181). In altri termini, come è stato esattamente osservato, "il controllo deve essere imputato ai soggetti che possono disporre effettivamente - vale a dire in concreto, decidendone le modalità di esercizio - di un potere di influenza qualificata" (CARIELLO, *op. ult. cit.*, p. 185).

L'affermazione trova evidente conferma nella previsione relativa al c.d. "controllo indiretto", ove si stabilisce che ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) dell'art. 2359, primo comma, c.c., "si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; *non si computano i voti spettanti per conto di terzi*" (cfr. art. 2359, secondo comma, c.c., corsivo nostro; una disposizione analoga è contenuta nell'art. 26, terzo comma, del d. lgs. n. 127 del 1991).

In sostanza, è opinione certamente da condividere quella secondo la quale "nel disciplinare le varie fattispecie di controllo indiretto il legislatore pare abbia scelto più o meno esplicitamente (...) di non riservare la qualifica di controllanti alle persone interposte *e alle società fiduciarie*" (corsivo nostro) "proprio perché si tratta di soggetti che si limitano ad attuare un potere di influenza qualificata di cui altri può disporre" (CARIELLO, *op. ult. cit.*, p. 182, ove ulteriori riferimenti bibliografici in senso conforme; per le medesime considerazioni v. comunque NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, p. 333 ss., il quale esattamente osserva che ai fini della qualificazione del controllo societario sono irrilevanti tutte le ipotesi in cui il titolare del diritto di voto debba esercitarlo per soddisfare un interesse altrui e non possa farne uso per conto proprio, *come nel caso di società fiduciaria* e nelle altre ipotesi di interposizione; SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, p. 88 ss.).

3. - *Natura del rapporto fiduciario ed esclusione della società fiduciaria dalla sfera del controllo.*

Sulla base di queste prime riflessioni emerge pertanto che la società fiduciaria che detiene una "partecipazione di controllo" *non può giuridicamente qualificarsi come "società controllante" ai sensi degli artt. 2359 c.c. e 26 del d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127.*

Alle argomentazioni che derivano dallo studio dei criteri di imputazione del "controllo" nel nostro ordinamento (v. *supra*, n. 2), si aggiungono le considerazioni che - su un piano diverso - discendono dalla peculiare struttura e natura dei rapporti tra fiduciante e società fiduciaria (per una prima informazione v. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, p. 29 ss., ove ulteriori riferimenti).

In effetti, al fine di pervenire alla conclusione che esclude l'applicazione della disciplina sui gruppi di società, dei conseguenti obblighi e responsabilità, potrebbe essere sufficiente constatare che la semplice

intestazione *fiduciae causa* di una partecipazione sociale, di per sé, non è idonea a far acquistare all'intestatario lo *status* di socio, almeno nei casi in cui si realizzi un fenomeno di mera amministrazione 'statica' del bene intestato alla fiduciaria. Rileva, a questo fine, la distinzione tra lo schema della fiducia romanistica e quei contratti fiduciari che realizzano il mero trasferimento della legittimazione all'esercizio in nome proprio di un diritto che resta nell'esclusiva titolarità del fiduciante.

Non può dubitarsi, infatti, che per effetto della fiducia cd. "romanistica", che si caratterizza per il trasferimento al fiduciario di un diritto pieno, illimitato e incondizionato dal punto di vista reale, con l'intestazione della partecipazione sociale il fiduciario acquisti anche lo *status* di socio con tutti i diritti e gli obblighi connessi.

Il contrario si verifica nel caso in cui al fiduciario è attribuito il semplice potere di disposizione del bene, atteso che il primo acquista soltanto una legittimazione ad amministrare e/o a disporre in nome proprio di quel bene, senza tuttavia assumerne la titolarità (c.d. *Ermächtigungstreuhand*). Questa forma di intestazione fiduciaria, generalmente ammessa nel diritto tedesco in forza della previsione del § 185, 1° comma, *BGB*, deve ritenersi praticabile anche nel nostro ordinamento, e ciò segnatamente quando la fiducia abbia ad oggetto azioni e quote di s.r.l. e la legittimazione sia concessa ad una società fiduciaria [per tutti P.G. JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 181 ss.; F. DI MAIO, *Società fiduciarie e contratto fiduciario*, Milano, 1977; ID., *Società fiduciarie ed enti di gestione fiduciaria*, Milano, 1986].

In particolare, quando si tratti dell'intestazione di azioni e di quote in capo ad una società fiduciaria, quanto meno nelle ipotesi di amministrazione c.d. 'statica', lo schema tradizionale della fiducia 'romanistica' può ragionevolmente essere escluso, tenuto conto del carattere 'trasparente' che in tal caso assume l'intestazione fiduciaria [F. DI MAIO, *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995, p. 454].

Pertanto è il fiduciante il termine effettivo del rapporto associativo, atteso che questi assume le determinazioni e dà gli ordini quanto all'esercizio dei diritti che al socio competono. Ciò che appare decisivo è, infatti, la reale «appartenenza» dei titoli, essendo sufficiente per la fiduciaria dichiarare che essa detiene la partecipazione sociale per conto di un diverso soggetto [cfr. App. Milano, 31 ottobre 1983, nel senso che l'indicazione della società quale intestataria soltanto fiduciariamente comporta che il fiduciante sia l'effettivo proprietario della partecipazione societaria; Cass. S.U., 10

dicembre 1984, n. 6478; F. DI MAIO, *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, cit., pp. 217 ss.].

D'altra parte, questa conclusione è normativamente confermata dal fatto che «numerose norme prendono in considerazione il fenomeno dell'intestazione fiduciaria per ricondurre in capo all'effettivo titolare gli effetti previsti dalle norme medesime», com'è il caso appunto dell'art. 2359 c. c. (BORGIOI, voce *Società fiduciaria*, I, *Diritto commerciale*, cit., p. 4).

3.1. – Giova rilevare come le conclusioni appena sintetizzate, e che a noi paiono senz'altro convincenti, non manchino di sollevare dubbi e non possano dirsi del tutto pacifiche, non solo nella dottrina ma anche nella giurisprudenza pratica.

In primo luogo, occorre rilevare che, se la giurisprudenza – sia di merito (per un ampio panorama giurisprudenziale sul punto rinviamo a F. DI MAIO, *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995, pp. 65 ss., 135 ss.; di recente si veda Trib. Saluzzo, ord. 28/06/2000, in *Gius*, 2001, 258; Trib. Trani, Sent. 29/09/2003) sia di legittimità (Cass., 14/10/1997 n. 10031, in *Giur. Comm.*, 1998, II, 299, con nota di DI MAIO; Cass. 23/09/1997 n. 9355; Cass., 23/06/1998 n. 6246 in *Giust. civ.*, 1998, I, 2778; Cass., 21/01/1999 n. 521 in *Corriere giur.*, 1999, 1529; Cass., 21/05/1999 n. 4943 in *Giust. civ.*, 1999, I, 2635, con nota di SALARIA e in *Società*, 1999, 1330, con nota di RORDORF;) – ammette ormai senza difficoltà la possibilità di un trasferimento fiduciario della semplice legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nel titolo, dall'altro lato, il riconoscimento giurisprudenziale della fiducia cd. 'germanistica' è talora meramente apparente (come dimostra Cass., 27/03/1997 n. 2756, in *Corriere giur.*, 1997, 1080, con nota di MARICONDA, secondo la quale è da escludere che sia trasferibile la sola legittimazione all'esercizio del diritto senza la titolarità sostanziale delle azioni di una s.p.a. fiduciariamente costituita allo scopo di effettuare un'interposizione reale di persona). Prevale, infatti, nella stessa giurisprudenza, l'idea per cui, pur riconoscendosi alle parti la possibilità di dar vita ad un trasferimento fiduciario connotato dal mantenimento in capo al fiduciante della proprietà del titolo e dal conferimento al fiduciario della sola legittimazione ad esercitare i diritti ad esso inerenti, è comunque onere del fiduciante fornire la prova che, nel caso di specie, il trasferimento è stato accompagnato da un accordo di questo tipo (cioè da un accordo implicante non già la cessione in proprietà dei beni fiduciati, ma l'attribuzione al fiduciario di una situazione di mera legittimazione; in tal senso ad es. Trib. Roma, Sent. 30/05/2001).

In secondo luogo, sia nella giurisprudenza pratica sia in quella teorica esiste una qualche residua incertezza in ordine alla effettiva titolarità del bene fiduciato a fronte della formale intestazione di beni in capo al fiduciario (App. Milano, 09/05/2000, in *Società*, 2001, 195, con nota di ZAMPETTI, in tema di costituzione di s.r.l. unipersonale da parte di una società fiduciaria di più soggetti; Trib. Brindisi, Sent. 21/01/2003, n. 25).

4. - *Incompatibilità della direzione e coordinamento con la fiducia c.d. statica.*

Per le ragioni esposte al paragrafo precedente, è indispensabile svolgere un'ulteriore indagine al fine di accertare se la società fiduciaria, investita della sola legittimazione all'intestazione della partecipazione sociale e al conseguente esercizio dei diritti sociali *uti socius*, possa perciò solo essere considerata come "società che esercita direzione e coordinamento" ai sensi dell'art. 2497 c.c.

Al riguardo, chiarito che, con riferimento al caso di specie, non trova applicazione la presunzione di cui all'art. 2497-*sexies*, c.c., ciò che definitivamente esclude (la possibilità) che la società fiduciaria che amministra una "partecipazione di controllo" possa essere considerata "società che esercita attività di direzione e coordinamento" ai sensi ed agli effetti degli artt. 2497 ss., c.c., è la *circostanza fattuale che essa non esercita in fatto alcuna attività di questo tipo* (sul punto cfr. anche DI MAIO, *Commento a App. Trieste 15 gennaio 2004*, in *Le Società*, 2004, p. 606 ss.).

Infatti, al fine di accertare la sussistenza della responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c. c., appare decisivo considerare la struttura del contratto fiduciario. Quale che sia l'opzione di vertice che nel nostro ordinamento l'interprete intenda assumere quanto ai fenomeni fiduciari, non può essere senza significato considerare la distribuzione effettiva dei poteri che il contratto fiduciario concretamente sottende.

Nel caso della fiducia c.d. 'statica', l'adempimento del contratto concluso con la società fiduciaria si risolve essenzialmente nel compimento di singoli atti di amministrazione, per i quali si pone esclusivamente un problema di *conformità* rispetto alle istruzioni del fiduciante, sì che non residua al fiduciario alcun potere decisionale autonomo che autorizzi a qualificare come influenza dominante quello che è, invece, *mero esercizio fattuale* dei poteri riconosciuti al socio.

In definitiva, essendo fondata la nuova disciplina del gruppo su un principio di effettività (v. *supra*, n. 1), è decisiva la constatazione che la

società fiduciaria che detiene una partecipazione sociale di controllo per conto di terzi (non solo non può essere giuridicamente qualificata come “controllante”, ma soprattutto) non esercita alcuna “attività di direzione e coordinamento di società”.

Essa, infatti, non si configura né attualmente né organizzativamente come *autonomo centro decisionale* nella catena del comando societario.

Sotto questo profilo, anche qualora si ritenesse possibile – ciò che noi escludiamo sulla base del dato testuale dell’art. 2359 c.c. – qualificare come “controllante” in senso tecnico la società fiduciaria che detiene una partecipazione di controllo, e conseguentemente applicabile la presunzione (relativa) di cui all’art. 2497-*sexies* c.c., sarebbe alquanto agevole superare la presunzione in questione.

4.1. – È necessario, allora, approfondire ulteriormente il significato della locuzione «attività di direzione e coordinamento» nel contesto della nuova disciplina del gruppo di imprese (art. 2497 ss., c.c.).

Al riguardo si deve preliminarmente rilevare che tale nozione non è stata espressamente definita dal legislatore della riforma, analogamente a quanto è accaduto, del resto, nell’ordinamento tedesco, ove il concetto del tutto coincidente di “direzione unitaria” (“*einheitliche Leitung*”) è stato previsto, ma non definito a livello legislativo (cfr. § 18, *Abs. 1*, della legge azionaria tedesca del 1965).

Nel tentativo di procedere alla costruzione di un concetto di “attività di direzione e coordinamento” funzionale alle finalità della disciplina nella quale è inserito, possono essere di qualche ausilio i risultati conseguiti, da un lato, nell’esperienza giuridica tedesca, dall’altro, nell’ambito del dibattito, avviato ormai da tempo nella nostra letteratura, sul significato di “direzione unitaria” in generale e poi, con riferimento all’art. 61, quarto comma, del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di “attività di direzione e coordinamento” nel gruppo bancario (sul concetto di “direzione unitaria” la letteratura è molto ampia: sul punto v., *ex multis*, BORGIOLI, “Direzione unitaria” e responsabilità nell’amministrazione straordinaria, in *Riv. soc.*, 1982, p. 13 ss.; JAEGER, “Direzione unitaria” di gruppo e responsabilità degli amministratori, in *Riv. soc.*, 1985, p. 817 ss.; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, 2**, Torino, 1991, p. 599 ss.; ID., *Gruppi finanziari e disciplina generale dei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1567; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, pp. 30 ss. e 234 ss.; TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 56 ss.; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, p. 53 ss.; in

giurisprudenza cfr., ad esempio, Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Il Fallimento*, 2001, p. 1143 ss.; sulla nozione di “attività di direzione e coordinamento” nel gruppo bancario, nozione che rappresenta l’antecedente terminologico dell’ “attività di direzione e coordinamento” di cui all’art. 2497 ss. c.c., v., anche per ulteriori riferimenti, FERRO-LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 419 ss.; PENNISI, *Attività di direzione e potere della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, p. 37 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Il gruppo bancario e la vigilanza consolidata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, 6, Padova, 2001, p. 163 ss.; BROZZETTI, *sub artt. 60-61*, in *Commento al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, a cura di Belli ed altri, Bologna, 2003, p. 940 ss. e 964 ss.).

4.2. - Ciò premesso, si può affermare che l’“attività di direzione e coordinamento” consiste, nelle sue linee generali, *nell’esercizio effettivo del potere di una società di dirigere e coordinare altre società secondo un progetto unitario* (in questi termini, v., ad esempio, TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 56): e questo mediante un *coordinamento* - e non necessariamente un *accentramento* - di una o più delle “funzioni” essenziali dell’impresa c.d. dipendente, quali, in primo luogo, la finanza ed inoltre gli acquisti, le vendite, l’organizzazione, il personale, ecc. (è questo il concetto c.d. ampio di “direzione unitaria” che si è affermato nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche e ripreso anche nella nostra letteratura: in argomento cfr., in luogo di molti, HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., p. 76 ss.; EMMERICH-SONNENSCHNEIN-HABERSACK, *Konzernrecht*, cit., p. 62 ss.; EMMERICH-HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht. Kommentar*, cit., p. 51 ss.; TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 39 e 56 testo e nota n. 117).

In questa prospettiva, non è sufficiente, evidentemente, un singolo e isolato *atto* di “controllo” - ossia un’influenza esercitata solo a livello di assemblea della controllata mediante esercizio del voto, senza ingerenza nella gestione delle società “controllate” (PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., p. 773) - ma è richiesta una “attività” continuata nel tempo di direzione e coordinamento, nel senso appena specificato.

In altri termini, come in parte già ricordato, “perché si configuri una direzione unitaria di più società controllate occorre anzitutto che la società (...) in posizione di controllo ponga in essere un’attività di coordinamento e di indirizzo: attività che - pur presupponendoli - non si esaurisce nei singoli atti di esercizio dei diritti sociali inerenti alle diverse partecipazioni di controllo: non si risolve quindi nella mera gestione delle partecipazioni

stesse, bensì esprime (come è del resto caratteristico dell'attività in rapporto ai singoli atti di cui si compone) un valore ulteriore rispetto ad essi" (in questi termini G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 39).

4.3. – Sulla base di quanto sopra rilevato non possono sussistere dubbi in merito al fatto che la società fiduciaria, che detiene una o più partecipazioni di controllo, *non esercita alcuna "attività di direzione e coordinamento"*.

Deve, infatti, escludersi:

i) che la società fiduciaria che detenga una "partecipazione di controllo" possa giuridicamente qualificarsi come "società controllante", *con la conseguenza che non trova applicazione la presunzione contenuta nell'art. 2497-sexies, c.c.;*

ii) che l'attività tipica e riservata alla società fiduciaria che realizzi un'amministrazione di partecipazioni sociali per conto terzi con intestazione fiduciaria, possa integrare la fattispecie dell'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c.

E ciò per le seguenti ragioni:

- a) la società fiduciaria esercita i diritti di voto *per conto del fiduciante;*
- b) la "effettiva" disponibilità del potere di influenza dominante compete e *deve essere giuridicamente imputata al solo fiduciante e non alla società fiduciaria.*

5. – *Consequente risposta ai quesiti c) e d).*

Si possono a questo punto esaminare i quesiti *sub c) e d)* (v. *supra*, Fattispecie e quesiti).

c) Quanto al primo è agevole in primo luogo constatare – sulla base delle riflessioni svolte – che *gli amministratori di società "controllate" da una società fiduciaria non devono procedere ad iscrivere quest'ultima ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 2497-bis, primo, secondo e terzo comma, c.c. e ciò sul presupposto che la società fiduciaria che detiene la partecipazione di controllo non solo non può essere qualificata come "controllante", ma soprattutto non esercita in fatto alcuna attività di direzione e coordinamento di società (v. supra, nn. 3-4).*

d) Per le medesime ragioni nel caso di specie è altresì da escludere l'applicazione delle altre disposizioni contenute negli art. 2497 ss., c.c. (*Responsabilità*: art. 2497; *Motivazione delle decisioni*: art. 2497-ter; *Diritto di recesso*: art. 2497-quater; *Finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento*: art. 2497-quinquies).

6. – *Ulteriori problemi connessi alle domande formulate.*

In stretta connessione con i quesiti formulati e per completezza di analisi, sembra opportuno indagare tre ulteriori profili:

- a) se le società fiduciarie – qualora richieste – siano obbligate a “rivelare” l'identità del fiduciante agli amministratori della società controllata (anche) ai fini dell'adempimento degli obblighi pubblicitari di cui all'art. 2497-bis, c. civ.
- b) se sia sufficiente interporre una società fiduciaria, per consentire al controllante – alla luce dei risultati che si sono conseguiti – di ‘oscurare’ la propria situazione di controllo;
- c) se e quando la società fiduciaria possa essere chiamata a rispondere a titolo di concorso nell'illecito derivante da responsabilità da direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c. c.

6.1. – Per quanto concerne il primo quesito, ci si potrebbe chiedere se gli amministratori della società fiduciaria debbano comunicare agli amministratori delle controllate l'identità dei fiducianti (ossia del soggetto giuridicamente “controllante”), e ciò al fine di consentire agli amministratori della società controllata di adempiere i doveri di pubblicità previsti dall'art. 2497-bis, 1° e 2° comma, c. c.

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva duplicemente erronea.

Da un lato, infatti, le società fiduciarie sono tenute a superare il “dovere di riservatezza” ed a svelare l'identità dei soggetti “fiducianti” solo nei casi tassativamente previsti e solo nei confronti dei soggetti espressamente e tassativamente indicati (App. Trieste 15 gennaio 2004, in *Le Società*, 2004, p. 602 ss., con nota di DI MAIO; sui limiti al dovere di riservatezza che al riguardo esistono nel nostro ordinamento: BORGIOI, voce *Società fiduciaria*, I, *Diritto commerciale*, cit., p. 7 s.; v. anche GALGANO, *I gruppi di società*, cit., p. 30).

Dall'altro, come si dirà tra un attimo, ciò che conta ai fini della pubblicità prevista dall'art. 2497-bis c. civ. è *ciò che gli amministratori effettivamente conoscono*.

6.2. - Per rispondere correttamente al quesito *sub b)*, è opportuno considerare chi esercita attività di direzione e coordinamento interponendo tra sé e la società controllata una società fiduciaria non va certamente esente dalla responsabilità connessa agli artt. 2497 ss. c. civ., perché - come già si è detto sopra (v. par. 1) - ciò che a questo fine rileva è l'effettivo esplicarsi dell'attività di influenza imprenditoriale sulla società controllata.

Né evidentemente l'interposizione di una società fiduciaria impedisce l'applicazione delle norme ulteriori.

Merita a questo riguardo sottolineare che la pubblicità di cui all'art. 2497-bis c. civ. presuppone logicamente una dichiarazione di scienza, in quanto gli amministratori devono dichiarare ciò che è effettivamente a loro conoscenza, ossia da chi la loro azione amministrativa è «influenzata». Ora, senza alcun dubbio, gli amministratori quando entrano in contatto con una società fiduciaria sono compiutamente a conoscenza del fatto che il diritto di voto è esercitato dalla società fiduciaria per conto di terzi.

D'altra parte, qualora gli amministratori o taluni di essi fossero a conoscenza di chi effettivamente opera dietro lo schermo della società fiduciaria, sono evidentemente tenuti a valutare se tale soggetto eserciti un'attività di direzione e coordinamento ai sensi degli artt. 2497 ss. c. civ. e, eventualmente, ad indicarlo nella pubblicità ove si versi nella situazione della «soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento».

In questo caso, infatti, l'intestazione alla società fiduciaria non vale evidentemente ad interrompere l'esercizio del potere direttivo, *ove esso positivamente sussista e si manifesti agli amministratori*, così come non la interrompe l'interposizione nella catena del comando societario di una o più società tra la *holding* e la società controllata.

Lo stesso può dirsi per quanto concerne l'obbligo, incombente sulla società controllata di motivare le decisioni ai sensi dell'art. 2497-ter c. civ. quando siano influenzate della controllante, atteso che le «decisioni» della società *«debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione»*.

In questo modo, il legislatore ha inteso assicurare la conoscibilità dell'attività di eterodirezione amministrativa realizzata con lo strumento

informale delle *direttive* impartite dalla *holding* alle proprie controllate, atteso che gli organi della società controllata sono tenuti ad indicare con chiarezza da un lato i costi (danno) e dall'altro i benefici (vantaggi compensativi) che dall'operazione potranno derivare alla società controllata. Inoltre, per consentire una perfetta conoscibilità delle decisioni il legislatore delegato ha previsto che delle medesime venga dato adeguato conto nella relazione sulla gestione di cui all'art. 2428 c. c.

Non vi è dubbio che, qualora gli amministratori della società siano «influenzati» nelle proprie determinazioni ai sensi della disciplina richiamata, essi debbano dare di ciò compiuta motivazione nelle deliberazioni e poi darne pubblicità nella relazione al bilancio indicando chi effettivamente esercita tale influenza.

Ancora una volta è opportuno ribadire come in tale situazione non possa trovarsi la società fiduciaria, almeno quando si limiti, com'è proprio dell'amministrazione 'statica', all'esercizio dei poteri che competono al socio in quanto tale (e si astenga, dunque, dal dare 'direttive' sulla gestione dell'impresa sociale agli amministratori).

6.3. - Alla luce di quanto considerato, qualora sussista attività di direzione e coordinamento rispetto ad una società partecipata da una società fiduciaria la pubblicità ed il rischio della responsabilità prevista dall'art. 2497, 1° comma, c. civ. riguardano direttamente il (*solo*) soggetto fiduciante.

Ci si può chiedere, conclusivamente, se possa residuare alcun tipo di responsabilità, anche soltanto a titolo di concorso, in capo alla società fiduciaria per il fatto di avere attuato le istruzioni del fiduciante, atteso che ai sensi dell'art. 2497, 2° comma, c. c. «risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio»

Merita sottolineare che un'attenta analisi della fattispecie descritta dal secondo comma dell'art. 2497 c. civ. consente di escludere anche questa eventualità, almeno nei casi in cui la società fiduciaria riceva un normale corrispettivo per esercitare i diritti sociali conformemente alle istruzioni del fiduciario.

In sostanza, una responsabilità a titolo di concorso nell'illecita direzione e coordinamento potrebbe porsi a condizione che chi agisca sia in grado di provare:

- a) che la società fiduciaria abbia effettivamente preso parte all'illecito;

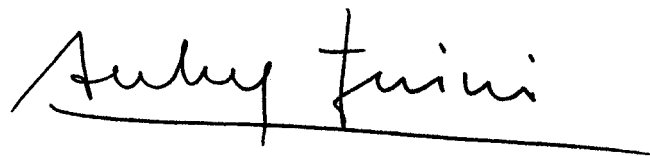
- b) ovvero, quantomeno, che la società fiduciaria fosse in grado di valutare le istruzioni imprenditoriali nel loro effettivo contenuto e fosse altresì consapevole del pregiudizio che esse potevano determinare nella società partecipata
- c) ovvero che la società fiduciaria abbia consapevolmente tratto un beneficio patrimoniale dall'illecito (un beneficio evidentemente *ulteriore e diverso* rispetto al corrispettivo normalmente dovuto per l'amministrazione delle partecipazioni).

* * *

Confidiamo di avere dato compiuta risposta ai quesiti che ci sono stati sottoposti. Restando a disposizione per ogni eventuale ulteriore approfondimento, ringraziamo per la fiducia accordataci e porgiamo i migliori saluti.

(Umberto Tombari)

(Andrea Zoppini)

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Andrea Zoppini", written over a horizontal line.