

Umberto Tombari*

Il conflitto di interessi degli amministratori in una «società per azioni appartenente ad un gruppo». Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario.

1. – *Premessa.* La riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) introduce per la prima volta nell'ordinamento societario italiano una disciplina del gruppo di imprese dotata di una qualche organicità (artt. 2497 ss., c.c.: “Direzione e coordinamento di società”).

Nel corso di queste brevi note non è nostra intenzione, peraltro, soffermarci sulla nuova disciplina del gruppo nel suo complesso e sui numerosi e delicati problemi interpretativi che essa è destinata a sollevare¹.

L'obiettivo è quello, apparentemente più limitato, di svolgere alcune prime riflessioni in merito ad un tema al centro del dibattito antecedente alla riforma del 2003: il riferimento è, in specie, alla disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore di una “società di gruppo”² e, più esattamente, di una società per azioni appartenente ad un gruppo in posizione di “dipendente”³. Come avremo occasione di dimostrare nel prosieguo, alla luce del nuovo diritto societario la ricostruzione di questo importante frammento dello statuto organizzativo di una “s.p.a. di gruppo” risulta dall'applicazione della nuova disposizione di cui all'art. 2391 c.c. (Interessi degli amministratori), interpretata alla luce dei principi generali di disciplina relativi alla “direzione e coordinamento di società” (artt. 2497 ss., c.c.) ed in considerazione delle specificità del destinatario della disposizione, l'essere cioè la società una “società di gruppo”.

In altri termini, attraverso una trattazione in funzione esemplare del conflitto di interessi di un amministratore di “s.p.a. dipendente” si tenderanno di sottolineare le peculiarità ricostruttive della normativa di una “società di gruppo”.

* *Straordinario di Diritto Commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze*

¹ Per alcune prime considerazioni cfr. TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, p. 237 ss.; BASSI, in *La Riforma del diritto societario*, a cura di BUONOCORE, Torino, 2003, p. 199 ss.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, XXIX, Padova, 2003, p. 163 ss.

² In argomento v., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, MONTALENTI, *Gruppi e conflitti di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 624 ss.; SACCHI, *Conclusioni*, *ibidem*, p. 634 ss.; ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, *ibidem*, p. 616 ss.; ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, p. 247 ss.; ID., *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in BENAZZO-PATRIARCA-PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, cit., p. 247 ss.

³ Come evidente, è su questo piano (ossia sul piano della società dipendente) che si pone, in prevalenza almeno, il problema del conflitto di interessi di un amministratore di una “società di gruppo”.

Individuato il campo di indagine, nel prosieguo ci soffermeremo, in estrema sintesi, sulle linee generali della riforma in materia di gruppi e ciò al chiaro fine di specificare il contesto normativo di riferimento, nell'ambito del quale sarà possibile, in un secondo momento, tentare di ricostruire la disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di una s.p.a. dipendente.

2. - *Profili generali e criteri ricostruttivi della disciplina del gruppo di società.* Come già in altra sede abbiamo osservato⁴, al centro della disciplina del gruppo è posta l'attività di direzione e coordinamento di società e ciò a prescindere dalla fonte del potere (contratto o partecipazione sociale), in forza del quale tale attività viene esercitata. In particolare, il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 ha introdotto nel Titolo V (Delle società) del Libro V del codice civile un nuovo Capo (Capo IX: "Direzione e coordinamento di società"), all'interno del quale sono dettate alcune disposizioni relative, innanzitutto, alla responsabilità della società o ente capogruppo verso il singolo socio e/o creditore della società controllata (art. 2497), agli obblighi di pubblicità relativi all'appartenenza ad un gruppo e di motivazione delle decisioni sociali influenzate dall'attività di direzione e coordinamento (art. 2497-*bis e ter*), alle ipotesi nelle quali viene riconosciuto il diritto di recesso al socio della società dipendente (art. 2497-*quater*), alla disciplina dei finanziamenti infragruppo (art. 2497-*quinquies*). A prescindere dai complessi problemi interpretativi sollevati dalle disposizioni appena citate, in questa sede interessa sottolineare che si tratta di una disciplina c.d. *Rechtsformneutral*, ossia di una disciplina che prescinde dal tipo societario assunto dall'impresa. In altri termini, si sono dettati una serie di principi generali di disciplina, i quali trovano applicazione per ogni società (e, tendenzialmente, per ogni impresa non societaria) "di gruppo" a prescindere dal tipo sociale prescelto. E' questo un'importante profilo di differenza rispetto al modello legislativo tedesco, il quale, come noto, prevede una disciplina specifica solo per le società per azioni ed in accomandita per azioni e lascia alla giurisprudenza teorica e pratica il compito di elaborare un *Konzernrecht* per la società a responsabilità limitata e per le società di persone. Già da queste brevi considerazioni è intuibile il grande ruolo riservato all'interprete nella ricostruzione della disciplina concreta della "società di gruppo".

Sarebbe peraltro un grave errore di prospettiva concentrare l'attenzione esclusivamente sulla disciplina contenuta nel Capo su "Direzione e coordinamento di società".

E' quanto mai opportuno rilevare che il legislatore della riforma ha disciplinato il gruppo non solo attraverso la normativa generale appena ricordata, ma anche attraverso l'introduzione nel Capo V sulla "società per azioni" - ossia nell'ambito di un modello societario di frequente impiego nei gruppi - di specifiche disposizioni per l'ipotesi in cui la società faccia parte di un gruppo in

⁴ TOMBARI, *op. ult. cit.*

posizione di dominante o dipendente: sono stati introdotti, in altri termini, *frammenti di uno statuto organizzativo di una società per azioni dominante e dipendente*⁵. A questo proposito si possono ricordare: *a)* l'obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate (art. 2381, quinto comma, c.c.); *b)* il potere riconosciuto al collegio sindacale di richiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, nonché di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale (art. 2403 *bis*, secondo comma, c.c.); *c)* la previsione ai sensi della quale, se gli amministratori della controllante compiono gravi irregolarità nella gestione tali da poter arrecare danno alle società controllate, non solo una certa percentuale di soci⁶, ma anche – e per ciò che più interessa in un contesto di gruppo - il collegio sindacale (nonché il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione; nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio la legittimazione è attribuita anche al Pubblico Ministero) può denunciare al tribunale le gravi irregolarità (art. 2409, primo e ultimo comma, c.c.).

Se quanto detto può essere condiviso, nel contesto normativo che si viene delineando lo «statuto organizzativo di una società di gruppo» è il risultato dell'applicazione congiunta di una pluralità di disposizioni dettate in distinti ambiti disciplinari.

Più in particolare, con riferimento ad una “società di gruppo” trovano applicazione: *a)* le disposizioni generali, contenute nel Capo su “Direzione e coordinamento di società”, applicabili ad ogni società di gruppo, a prescindere dal tipo prescelto (art. 2497 ss., c.c.); *b)* le disposizioni specifiche, ove previste, come nel caso, precedentemente esaminato, della “società per azioni di gruppo”; *c)* le disposizioni relative al singolo tipo adottato, interpretate alla luce dei principi generali di disciplina di cui agli art. 2497 ss. e – se necessario - in funzione delle caratteristiche tipologiche di una società di gruppo. In quest'ultima prospettiva sarà quanto mai importante cominciare a “pensare” la disciplina dei singoli tipi per l'ipotesi in cui la società (ad es. una s.p.a. o una s.r.l.) operi nell'ambito di un gruppo: e ciò anche al fine di valutare quale tipo sia più adeguato a fornire veste giuridica ad una società dominante o dipendente⁷.

Se questo è il quadro di riferimento, la ricostruzione della disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore di una società per azioni dipendente dovrebbe dimostrare in che senso la

⁵ Sulla necessità di ricostruire lo statuto organizzativo di una “società di gruppo” dominante e dipendente sia consentito rinviare a TOMBARI, *Il gruppo di società, passim*, Torino, 1997.

⁶ A riguardo, non è difficile prevedere che, trattandosi di soci della società capogruppo, ben difficilmente agiranno nei confronti dei propri amministratori.

⁷ La stessa autonomia statutaria, se applicata in riferimento ad una società destinata ad operare in un gruppo, dovrà essere utilizzata in funzione delle caratteristiche di una società di gruppo e nel rispetto dei principi imperativi di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento.

normativa del tipo societario prescelto – nel caso di specie l’art. 2391 c.c. – non può essere letta isolatamente, ma deve essere interpretata alla luce dei principi di disciplina e delle caratteristiche tipologiche della “società di gruppo”.

3. - “*Interessi degli amministratori*” (art. 2391 c.c.) e s.p.a. di gruppo: un’ipotesi interpretativa.

Nel tentativo dunque di leggere la disposizione contenuta nel nuovo art. 2391 c.c. (“Interessi degli amministratori”)⁸ in modo coerente con i principi di disciplina di cui all’art. 2497 ss., c.c., occorre osservare, in primo luogo, che la disposizione generale - in quanto tale applicabile anche ad una s.p.a.- sulla responsabilità della società o ente capogruppo (art. 2497 c.c.) contiene non solo una disposizione “di tutela”, ma anche una regola in positivo per lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento. In particolare, la proposizione normativa in esame, riconoscendo implicitamente la legittimità della “direzione unitaria”, sostanzialmente afferma che la società o gli enti che, a qualunque titolo, esercitano un’attività di direzione e coordinamento di società devono agire nel rispetto dei “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società dipendenti. Ebbene, a prescindere dal significato di questa nuova clausola generale, non vi è dubbio che si tratti di un principio cardine di disciplina dell’attività di direzione unitaria.

E’ altresì importante sottolineare che ai sensi dell’art. 2497, primo comma, ultima parte, c.c., «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». Non vi è dubbio che, ai sensi della disposizione in esame, un’operazione apparentemente dannosa per la società controllata (ad esempio, prestazione di fideiussioni gratuite nei confronti di una banca ed a favore della controllante o di altra società del gruppo) non è fonte di responsabilità, qualora il danno risulti mancante «alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento»⁹ ovvero sia stato addirittura eliminato «anche a seguito di operazioni a ciò dirette» cc). Sorge a questo punto il problema – in questa sede solo accennato – se la formula di cui all’art. 2497, primo comma, ultima parte, c.c. sia o meno equivalente, nel significato sostanziale, a quella utilizzata nell’art. 2634, terzo comma, c.c. a proposito del reato di infedeltà patrimoniale¹⁰. Si tratta di stabilire, più esattamente, se i “vantaggi compensativi” rilevino in ambito civilistico e penalistico

⁸ La centralità della disposizione in esame resta confermata anche qualora si scelga il sistema dualistico o monistico (cfr. art. 2409-*undecies*, secondo comma, c.c. ed art. 2409-*noviesdecies*, primo comma, c.c.).

⁹ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all’ipotesi in cui la fideiussione sia funzionale alla concessione alla società controllante o ad altra società del gruppo di un finanziamento da parte di una banca, finanziamento che viene utilizzato per svolgere le funzioni di tesoreria all’interno del gruppo e a vantaggio di tutte le società ad esso appartenenti (in giurisprudenza cfr. Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur.it.*, 1999, p. 2317 ss., con nota di MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l’evoluzione giurisprudenziale*).

¹⁰ L’art. 2634, terzo comma, c.c. (come modificato ad opera del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61) stabilisce che «in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo».

nella stessa misura ed in particolare se anche in ambito civilistico si possa tener conto di *vantaggi futuri* purché “fondatamente prevedibili”¹¹, ovvero solo di *vantaggi conseguiti*, ossia di vantaggi che, secondo un giudizio compiuto al momento dell’atto (apparentemente) dannoso, *sono già pervenuti* alla società dall’appartenenza al gruppo¹². Qualora si affermi quest’ultima interpretazione, ne conseguirebbe evidentemente una diversa portata della responsabilità civile e di quella penale con riferimento al conflitto di interessi infragruppo: la responsabilità civile troverebbe applicazione già quando il fatto è penalmente irrilevante; la responsabilità penale si porrebbe come *extrema ratio*, trovando applicazione quando il “vantaggio compensativo” non è neppure fondatamente prevedibile¹³.

Chiarito il quadro normativo di riferimento, relativamente al problema interpretativo in esame occorre in primo luogo osservare che i principi di disciplina di cui all’art. 2391 c.c. rientrano, senza alcun dubbio, tra “i principi di corretta gestione societaria” menzionati dall’art. 2497, primo comma, c.c., con la conseguenza che le disposizioni relative agli “interessi degli amministratori” (art. 2391 c.c.) dovranno essere rispettate dalla società o ente che esercita la direzione unitaria e per essi (anche) da chi esegue le direttive e attua concretamente l’attività di direzione e coordinamento; come evidente, il riferimento è, innanzitutto, agli amministratori della società controllata.

Se questo è vero, sembra potersi affermare che – in ipotesi, assolutamente normali in un gruppo, nelle quali gli amministratori della società controllata possono apparire come portatori di interessi “per conto di terzi”, in quanto portatori dell’interesse della società o ente capogruppo – le proposizioni normative di cui, rispettivamente, all’art. 2391, terzo, quarto e quinto comma, c.c., dovrebbero essere interpretate, *per quanto attiene all’elemento del danno*, non isolatamente, ma alla luce dei nuovi principi immessi nel sistema in materia di gruppi ed in specie alla luce del criterio dei c.d. vantaggi compensativi enunciato nell’art. 2497, primo comma, ultima parte.

Si tratta, evidentemente, di un’importante novità, in quanto sarà più agevole giustificare certe opzioni interpretative – la rilevanza dei “vantaggi compensativi” nelle operazioni infragruppo – già in passato prospettate non solo in dottrina, ma anche, e sempre più frequentemente, in giurisprudenza.

Analogamente la proposizione normativa contenuta nell’art. 2391, secondo comma, c.c. deve essere applicata – con riferimento ad una società per azioni soggetta ad attività di direzione e coordinamento - in combinato con la disposizione “trasversale” di cui all’art. 2497-*ter* (Motivazione delle decisioni).

¹¹ E’ questa, come già ricordato (v. nota precedente), la formula utilizzata dall’art. 2634, terzo comma, c.c. e suggerita già in ambito civilistico da MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, p. 79 ss.

¹² Per alcune considerazioni in questo senso sia consentito rinviare a TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 220 ss.

¹³ Sul punto v. già MONTALENTI, *Gruppi e conflitti di interessi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 628.

Resta da affrontare il problema di come applicare in un contesto di gruppo la disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 2391 c.c.

Ebbene, qualora si ritenga che l'amministratore di una società "dipendente" sia per definizione portatore di un interesse "per conto di terzi" (l'interesse della società capogruppo o del gruppo stesso), troverà integralmente applicazione la disposizione in esame e ciò – è opportuno sottolinearlo - anche nell'ipotesi in cui tale interesse non sia in contrasto con l'interesse sociale¹⁴, ossia nell'ipotesi in cui, ad esempio, l'interesse della capogruppo coincida, nella specifica operazione, con quello della società controllata. In particolare, troveranno applicazione non solo gli obblighi di informazione di cui all'art. 2391, primo comma, prima parte, c.c., ma soprattutto gli amministratori delegati dovranno «astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale» (art. 2391, primo comma, ultima parte, c.c.). A ben vedere, la soluzione da ultimo prospettata può apparire paradossale: in una "società di gruppo" dipendente l'istituto della delega perderebbe, di fatto, ogni utilità operativa. Più in particolare, sarebbe inutile procedere ad una delega delle funzioni amministrative, in quanto l'amministratore delegato dovrebbe, praticamente con riferimento ad ogni operazione, rimettere la decisione all'organo collegiale.

Dalle considerazioni svolte emerge chiaramente che le prescrizioni di cui all'art. 2391, primo comma, c.c., sono efficaci quando il conflitto - o anche solo l'essere portatori di interessi "altri" non in conflitto - è episodico, non quando queste situazioni sono per così dire "normali". In altri termini, la disposizione in commento è stata pensata con riferimento ad una "società autonoma" e non ad una società di gruppo", con l'inevitabile conseguenza che risulta funzionale al primo modello reale di società (società c.d. autonoma), ma non al secondo (società appartenente ad un gruppo).

Se questo è vero, il risultato paradossale sopra accennato potrebbe forse essere evitato interpretando la proposizione normativa in commento in modo adeguato alle caratteristiche tipologiche di una "società di gruppo"¹⁵. Si potrebbe sostenere, in particolare, che l'amministratore di una società controllata, il quale persegue l'interesse della sua società tenendo conto delle sinergie e delle strategie "positive" del gruppo, non sia portatore di un interesse "diverso", anche se non in conflitto con quello sociale (un interesse "per conto di terzi"), ma sia portatore di un "interesse sociale" reinterpretato e adeguato ad un contesto di gruppo. Per questa via, qualora l'amministratore

¹⁴ A questo proposito illuminante è un passo della Relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6: «Il conflitto di interessi è disciplinato dall'articolo 2391 con particolare rigore sotto vari profili; in primo luogo si tutela la trasparenza, imponendosi agli amministratori di dare notizia di ogni interesse che essi abbiano, anche per conto di terzi, in operazioni della società, *anche se l'operazione sia nell'interesse sociale* (corsivo nostro); in secondo luogo si impone agli amministratori delegati interessati di astenersi dal compiere l'operazione, investendone l'organo collegiale».

¹⁵ Per questa ipotesi di ricerca sia consentito rinviare a TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., *passim* e spec. p. 129 ss.; in una prospettiva più ampia, il percorso conoscitivo proposto trova una sua piena giustificazione nel modello dell'ermeneutica giuridica, per un'applicazione del quale v., ad esempio, TOMBARI, *L'interpretazione degli statuti di società. Profili di ermeneutica giuridica*, in *Diritto privato 2001*, Padova, 2003, p. 479 ss.

delegato riuscisse a dimostrare quanto sopra affermato, potrebbe senza dubbio compiere l'operazione, senza investire «della stessa l'organo collegiale».

E' inutile sottolineare che si tratta solo un'ipotesi interpretativa, la quale, peraltro, servirebbe a riconoscere nuovamente un significato operativo all'istituto delle deleghe nell'ambito di un gruppo di società.

Più in generale, le considerazioni che siamo venuti svolgendo dovrebbero aver dimostrato come, in seguito alla riforma del diritto societario, la disciplina di una "società di gruppo" è il risultato di una complessa, ma inevitabile, attività interpretativa, avente ad oggetto *anche, ma non solo*, le disposizioni contenute negli artt. 2497 ss., c.c.

UMBERTO TOMBARI

Straordinario di Diritto Commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze