



Multinazionali e Gruppi: i rischi per le imprese e gli amministratori

Rödl & Partner
Dott. Giampiero Guarnerio
Avv. Paolo Peroni

27 maggio 2014
Confindustria Udine
Palazzo Torriani, Largo Melzi 2 (UD)

Sommario

1

Il Gruppo, il controllo, la direzione e coordinamento

2

Strumenti di direzione e coordinamento

3

Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

4

Abuso di direzione e coordinamento

5

Direzione e coordinamento: regole e limiti da osservare

6

Direzione e coordinamento: la teoria dei vantaggi compensativi

7

La posizione degli amministratori delle società eterodirette

Sommario

8

L'abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: casi pratici e giurisprudenza

9

Direzione e coordinamento e stabile organizzazione "occulta"

10

Direzione e coordinamento e *transfer pricing*

1. Il Gruppo, il controllo, la direzione e coordinamento

Il nostro ordinamento non prevede una disciplina organica dei gruppi di imprese.

Il fenomeno del gruppo trova una regolamentazione puntuale quanto a taluni profili specifici nelle norme relative alla c.d. “**Attività di direzione e coordinamento**”.

1. Il Gruppo, il controllo, la direzione e coordinamento

“Attività di direzione e coordinamento”

- attività sistematica di indirizzo strategico delle scelte gestorie, che condiziona ed orienta le decisioni amministrative delle società eterodirette;
- **sequenza di atti volti a coordinare le linee essenziali dell'attività delle società collegate alla capogruppo**, imprimendo una conformità di indirizzi operativi a soggetti formalmente distinti;
- obiettivo: gestire il gruppo in modo unitario.

1. Il Gruppo, il controllo, la direzione e coordinamento

“**Controllo**” e “**Direzione e coordinamento**” sono **fenomeni** coesistenti ma **distinti**.

➤ **Controllo** = posizione di influenza dominante sull'assemblea che, attraverso l'esercizio dei diritti di voto, consente di **nominare la maggioranza degli amministratori** della società

➤ **direzione e coordinamento** = attività di significativo, concreto e sistematico indirizzo che, esplicandosi in una serie di direttive e di atti, si riflette nel condizionamento dell'autonomia gestionale della controllata.

2. Strumenti di direzione e coordinamento

Attraverso quali strumenti si esercita l'“attività di direzione e coordinamento” sulle società eterodirette?

Gli strumenti sono essenzialmente i seguenti:

- potere di controllo di fonte statutaria, parasociale o contrattuale;
- policy e regolamenti di gruppo

I regolamenti di gruppo sono accordi quadro aventi ad oggetto la descrizione del perimetro e modalità di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

2. Strumenti di direzione e coordinamento

Quali sono i principali atti di rilevanza strategica?

- ✓ predisposizione dei piani strategico-finanziari della controllata;
- ✓ emanazione di direttive relative alla definizione delle strategie di mercato;
- ✓ accentramento della tesoreria o di altre funzioni di assistenza finanziaria;
- ✓ rilascio di autorizzazioni per operazioni strategiche;
- ✓ predisposizione o approvazione di organigrammi.

2. Strumenti di direzione e coordinamento

Emanazione da parte della *holding* di direttive vincolanti sull'approvazione del piano industriale e/o economico-finanziario di una controllata.



SUSSISTE DIREZIONE E COORDINAMENTO



La *holding* ha imposto le scelte che attengono alla formulazione del piano economico-finanziario della concessionaria.

NON SUSSISTE DIREZIONE E COORDINAMENTO



Le direttive della *holding* configurano un piano di indirizzi strategici che si limita a fissare obiettivi generali (ad es. sviluppare l'attività in un determinato settore geografico o ridurre i costi operativi), senza indicazioni precise e vincolanti.

2. Strumenti di direzione e coordinamento

Limite: riserva gestionale in capo agli amministratori della società eterodiretta.

➤ **Dubbia legittimità** di previsioni che dovessero prevedere – all'interno di regolamenti di gruppo - un potere di impartire alle società eterodirette “**input a scatola chiusa**”.

➤ Gli amministratori della controllata non possono mai essere esautorati dalla propria funzione e dalle responsabilità inerenti la conduzione dell'attività della società amministrata.

2. Strumenti di direzione e coordinamento

Quali sono le possibili sanzioni connesse alla violazione delle direttive di gruppo?

Gli oneri e gli obblighi posti a carico delle società eterodirette (e, quindi, dei rispettivi amministratori) generalmente non sono corredati da misure coercitive o sanzionatorie contrattuali.

➤ La violazione di disposizioni presenti nei regolamenti di gruppo può comportare il potere di revoca dell'amministratore ovvero la rimozione dei manager che si siano discostati dalle direttive impartite.

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

Nel nostro ordinamento, **l'attività di direzione e coordinamento è:**

- ✓ **perfettamente legittima;**
- ✓ **meritevole di tutela e**
- ✓ **regolamentata.**

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

Art. 2497-bis. **Pubblicità**

- la società eterodiretta deve indicare la società alla cui direzione e coordinamento è soggetta negli atti, nella corrispondenza e mediante iscrizione presso apposita sezione del registro delle imprese;
- gli amministratori che omettono violano gli obblighi pubblicitari od omettono di iscrivere la società o la mantengono quando la soggezione è cessata sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza dei fatti abbia recato ai soci o ai terzi;
- gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con altre società che vi sono soggette nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

Articolo 2497-ter. **Motivazione delle decisioni**

Nella relazione sulla gestione allegata al bilancio, gli amministratori della società eterodiretta devono elencare le decisioni influenzate da attività di direzione e coordinamento, con indicazione delle motivazioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione.

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

Articolo 2497-quater. **Recesso.**

Il socio della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento può recedere, tra l'altro,

- all'inizio e alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento (se ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento);
- quando la società o la controllante abbiano deliberato una trasformazione che implichi il mutamento del suo scopo sociale o una modifica dell'oggetto sociale che implichi un'alterazione delle condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta a direzione e coordinamento

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

Articolo 2497-quinquies. **Finanziamenti**

Il rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori.

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

L'articolo **2497** Cod. Civ. sanziona l'**abuso del potere di direzione e coordinamento**.

L'attività di direzione e coordinamento è “**antigiuridica**” se condotta:

- ✓ in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale;
- ✓ in pregiudizio dell'interesse dei soci di minoranza e creditori sociali della società eterodiretta.

Che cosa stabilisce precisamente l'articolo 2497 del Codice Civile?

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

Le Società che, esercitando attività di direzione e coordinamento, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in **violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale** delle società eterodirette, sono responsabili

- ✓ nei confronti dei **soci** di queste per il **pregiudizio** arrecato alla **redditività** ed al **valore della partecipazione sociale**;
- ✓ nei confronti dei **creditori sociali** per la **lesione** cagionata all'**integrità del patrimonio della società**.

3. Direzione e coordinamento: le norme di riferimento

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.

Socio e creditore possono agire contro la società esercente direzione e coordinamento solo se non sono stati soddisfatti dalla società eterodiretta.

4. Abuso di direzione e coordinamento: chi risponde?

Con la società esercente attività di direzione e coordinamento, risponde in solido

- ✓ chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e
- ✓ nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

I soggetti potenzialmente esposti ad azione di responsabilità sono:

- **la società capogruppo** che abbia abusato del potere di direzione e coordinamento a danno della società eterodiretta (e dei rispettivi creditori e soci di minoranza);
- **gli amministratori della capogruppo** (in quanto abbiano preso parte al fatto lesivo);
- **gli amministratori della società eterodiretta** (in quanto abbiano preso parte al fatto lesivo).

4. Abuso di direzione e coordinamento: le manleve contrattuali a protezione degli amministratori

Gli amministratori delle società eterodirette possono tutelarsi rispetto agli effetti pregiudizievoli connessi a potenziali responsabilità derivanti da decisioni assunte dalla capogruppo?

➤ **Manleve contrattuali** – protezione relativa e solo rispetto a responsabilità civile

5. Direzione e coordinamento: regole e limiti da osservare

L'attività di direzione e coordinamento deve essere condotta:

- ✓ nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale;
- ✓ nell'osservanza del principio di esclusività del potere di gestione degli amministratori;
- ✓ tenendo conto della responsabilità personale che deriva in capo agli amministratori della capogruppo ma anche – e soprattutto – agli amministratori della società eterodiretta.

5. Direzione e coordinamento: regole e limiti da osservare

In quali casi la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento potrà andare esente da responsabilità?

La società che esercita l'attività di direzione e coordinamento dovrà dimostrare di avere agito

- ✓ nell'interesse imprenditoriale del gruppo unitariamente inteso
- ✓ senza violare i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società eterodiretta ovvero
- ✓ con l'obiettivo di non pregiudicare diritti e interessi dei suoi soci di minoranza e creditori sociali, pur nel contesto del perseguimento di un più ampio interesse di gruppo.

5. Direzione e coordinamento: regole e limiti da osservare

In quali casi gli amministratori della società eterodiretta andranno esenti da responsabilità?

Gli amministratori della società eterodiretta dovranno dimostrare di avere osservato

- ✓ gli obblighi di diligenza discendenti dal loro mandato
- ✓ Il dovere di lealtà e fedeltà verso gli interessi di tutti gli azionisti e gli stakeholder.

Gli amministratori della società sottoposta a direzione e coordinamento devono perseguire l'interesse sociale della medesima. E' tuttavia ammesso un contemperamento tra questo e l'interesse sociale di gruppo che trova la sua chiave di volta nel sistema dei c.d. **“vantaggi compensativi”**.

6. La mancanza di responsabilità alla luce del risultato complessivo della direzione e del coordinamento

Per **vantaggi compensativi** si intendono:

- ✓ i vantaggi riconosciuti alla società in primo tempo pregiudicata;
- ✓ i vantaggi conseguiti dal gruppo (c.d. vantaggi di gruppo), nella misura in cui la società eterodiretta ne possa beneficiare in misura equivalente al pregiudizio risentito.

Vantaggi compensativi rilevanti se eliminano il danno conseguente all'operazione di per sé pregiudizievole alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento.

6. I vantaggi compensativi

Tribunale di Roma

L'esistenza dei vantaggi compensativi non può essere posta in termini ipotetici e dedotta dalla mera appartenenza ad un gruppo, *«ma deve essere concreta ed oggetto di precisa dimostrazione, secondo le regole che disciplinano la prova dei fatti giuridici»*.

Le disposizioni in materia di direzione e coordinamento impongono quindi di **identificare** e **descrivere**, già in sede di assunzione delle decisioni, i vantaggi compensativi che si prevede di poter fondatamente conseguire.

6. Come assicurarsi le prove documentali della diligente attività di direzione e coordinamento

La capogruppo può indirizzare l'assunzione di decisioni pregiudizievoli per la società eterodiretta solo se sussiste la fondata prospettiva che dall'operazione (o anche da operazioni ad essa correlate) derivino dei vantaggi di gruppo di cui la controllata possa, anche indirettamente, beneficiare.

Per andare esente da responsabilità, la capogruppo deve poter dimostrare:

- ✓ che il danno patito dalla società eterodiretta non c'è alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento;
- ✓ che il danno, se anche dovesse sussistere, non è stato causato da una condotta contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, bensì ai risultati di una gestione di gruppo contrari (e cioè meno fortunati rispetto) alle attese, in cui cioè il vantaggio compensativo originariamente previsto non è stato conseguito.

6. Trasparenza informativa

L'esercizio della direzione e coordinamento deve essere "trasparente". La pubblicità e trasparenza informativa in relazione alla direzione e coordinamento e al suo corretto esercizio offrono una (almeno relativa) protezione.

La **responsabilità degli amministratori della controllata** non sussiste se i medesimi sono in grado di dimostrare che, quando hanno assunto la decisione, vi era la **ragionevole previsione di un vantaggio compensativo**.

Dare adeguata informazione e quindi documentazione dell'attività di direzione e coordinamento svolta e delle decisioni societarie e imprenditoriali dalla medesima influenzate, secondo quanto imposto dall'articolo 2497 ter, consente di eccepire – in caso di future azioni intraprese da soci di minoranza e creditori sociali – l'assenza di responsabilità, non essendovi una condotta antigiuridica.

6. I vantaggi compensativi come esimente relativa

Più controversa è la posizione della società capogruppo e dei rispettivi amministratori.

Tesi N. 1: la **responsabilità della capogruppo** (e dei rispettivi amministratori) non sussisterebbe solo se **il danno risulta mancante**, alla luce dei **vantaggi compensativi** di cui la società eterodiretta abbia potuto beneficiare (**saldo neutro**).

Tesi N. 2: la condotta della capogruppo (e dei rispettivi amministratori) è incensurabile laddove i **risultati - non solo maturati ma anche solo attesi** - dell'attività di direzione e coordinamento siano complessivamente **positivi** o quanto meno **neutrali** per la società

6. I vantaggi compensativi

Entro quando devono prodursi i vantaggi compensativi?

La sussistenza del danno e dei vantaggi compensativi alla luce dei risultati complessivi dell'attività di direzione e coordinamento deve essere valutata in base ai tempi di attuazione del progetto in cui si inserisce la decisione che ha dato luogo al pregiudizio.

I tempi attesi di conseguimento del vantaggio compensativo dovrebbero essere idealmente indicati, almeno in termini estimativi, nelle motivazioni della decisione influenzata da direzione e coordinamento di cui dare atto nella relazione sulla gestione.

7. La posizione degli amministratori delle società eterodirette. Alcuni consigli.

Agli amministratori delle società eterodirette spetta il difficile compito di mediare tra gli interessi di gruppo e i diritti dei soci di minoranza e dei creditori sociali.

Consigli:

- ✓ **“filtrare” l’esercizio della direzione e coordinamento;**
- ✓ **lasciare adeguata traccia scritta dell’attività di filtro svolta nell’interesse della società amministrata.**

7. La posizione degli amministratori delle società eterodirette

La decisione influenzata dall'attività di direzione e coordinamento dovrebbe essere assunta dall'amministratore della società eterodiretta solo laddove, in considerazione dei vantaggi compensativi attesi, la medesima possa considerarsi per lo meno "neutrale", se non positiva, per la società amministrata.

Le prescrizioni in materia di trasparenza informativa e pubblicità circa la sussistenza della direzione e coordinamento servono a porre i terzi a conoscenza della sussistenza dei rischi connessi all'attività di direzione e coordinamento.

7. Gli obblighi in capo agli amministratori delle società eterodirette

Gli amministratori delle società eterodirette sono quindi tenuti ad osservare gli obblighi in tema di pubblicità e trasparenza previsti dagli articoli 2497 *bis* e *ter* Cod. Civ.

Ai sensi dell'articolo 2497 *ter*, in particolare, l'amministratore, dovrà descrivere nella relazione sulla gestione, le ragioni di convenienza dell'operazione per il gruppo e gli effetti direttamente o indirettamente positivi – o quanto meno compensativi - che ritiene possano derivarne per la società stessa.

8. L'abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: casi pratici e giurisprudenza

Tribunale di Milano, 22 gennaio 2010

Gli amministratori della *holding*, abusando della posizione di supremazia (derivante nella specie dal potere di nomina e di revoca dell'organo gestorio della controllata), hanno indotto gli amministratori della controllata a compiere operazioni dannose e a non porre in essere attività doverose - **messa in liquidazione della società** – inducendo la prosecuzione dell'impresa per interessi del gruppo.



Gli amministratori della *holding*, in parte coincidenti con quelli della controllata, anziché procedere alla ricapitalizzazione di quest'ultima, hanno preferito optare per una serie di **erogazioni occasionali di risorse**, idonee a mascherare il passivo e a consentire la prosecuzione di un'attività volta **al solo scopo di conseguire un prodotto da ricollocare sul mercato**, senza nessuna attenzione alle esigenze della controllata e con evidenti ricadute negative sui soci e sul ceto creditorio della stessa.

8. L'abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: casi pratici e giurisprudenza

Tribunale di Roma, 5 febbraio 2008

Una società controllata ha trasferito ad altre società del gruppo alcune proprie risorse finanziarie, senza ricevere, né nell'immediato, né successivamente, alcun effettivo ed idoneo vantaggio compensativo, diretto o indiretto.

I movimenti finanziari sono stati effettuati attraverso semplici rimesse dirette sui conti correnti delle società beneficiarie e non sulla base di normali contratti di finanziamento a titolo oneroso, con la previsione di piani di rientro e di garanzie.

Né la riduzione dell'esposizione bancaria del gruppo o di alcune società ad esso appartenenti, né l'acquisizione di alcune partecipazioni societarie da parte della controllata sono state ritenute dal giudice un vantaggio effettivo, atto a compensare la diminuzione patrimoniale patita dalla società depauperata. In considerazione della consistenza negativa dei patrimoni delle società acquisite, per lo più costituiti da crediti infragruppo mai incassati ed inesigibili, nell'operazione di acquisizione delle partecipazioni **non è stata individuata alcuna concreta contropartita** che potesse giustificare l'operazione o comunque bilanciare il pregiudizio patito dalla controllata.

8. L'abuso nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: casi pratici e giurisprudenza

La *holding* Alfa dirigeva e coordinava Beta in virtù della detenzione del pacchetto di controllo di quest'ultima e di un particolare rapporto contrattuale intercorrente con la stessa. Il contratto consisteva in una fornitura di servizi avente ad oggetto la prestazione da parte di Alfa e a favore di Beta di consulenza e assistenza ad ampio spettro (servizi tecnici, gestionali, commerciali, amministrativi e di consulenza strategica e direzionale), tanto da concretizzarsi in una **sistematica e continuativa espropriazione** da parte di Alfa delle **competenze gestorie** degli amministratori di Beta.

Gli amministratori di Beta, agendo nell'esclusivo interesse di Alfa e sotto le direttive della stessa, hanno consentito il **rinnovo annuale del contratto a condizioni sbilanciate** e svantaggiose per la loro società, con l'effetto di drenare ingenti risorse da Beta ad Alfa.

- ✓ Beta per anni non ha distribuito gli utili conseguiti ai soci;
- ✓ i membri degli organi gestori di Beta sostanzialmente coincidevano con quelli di Alfa;
- ✓ gli amministratori di Alfa erano anche soci di Alfa.

I soci di Alfa sono stati beneficiari finali del trasferimento di ricchezza da Beta, determinando una perdita di redditività di valore della partecipazione dei soci di minoranza di Beta.

9. Dalla direzione e coordinamento alla stabile organizzazione

Attività di direzione e coordinamento



stabile organizzazione.

I presupposti affinché una società italiana possa essere riconosciuta come una filiale della sua controllante e, dunque, come una stabile organizzazione talvolta coincidono con quelli dettati dall'art. 2497 Cod. Civ.

9. La stabile organizzazione “occulta”

Quando si configura una stabile organizzazione “occulta”?

Il concetto di “stabile organizzazione occulta” non trova origine nella legislazione tributaria vigente (nazionale, comunitaria o internazionale), né nella prassi amministrativa nazionale.

Possibili indicatori di stabile organizzazione “occulta”

- carenza di un'autentica separazione dei soggetti cui è demandata la gestione dell'attività e lo svolgimento delle funzioni, fra la società italiana e l'impresa estera;
- sussistenza di un rapporto di sostanziale del personale dirigente della società italiana ai vertici del soggetto estero;
- il soggetto italiano svolge attività (volontariamente od involontariamente) a favore di una o più società estere del gruppo in assenza di corrispettivo;
- sussistenza di specifici accordi, aventi ad oggetto la preventiva determinazione della regolamentazione economica delle transazioni concluse tra la società residente italiana e il soggetto non residente;
- partecipazione del soggetto italiano ad una o più delle fasi necessarie alla stipula di contratti in nome e per conto dell'impresa estera, eventualmente anche in assenza, in capo al primo, del potere di negoziare i termini del contratto.

10. Direzione e coordinamento e *transfer pricing* (brevi cenni)

Con l'espressione “***transfer pricing***” si fa riferimento al **corrispettivo di scambio di beni o servizi tra diverse società appartenenti al medesimo gruppo**, sia esso impresa con attività transnazionale o gruppo multinazionale.

In considerazione dell'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla capogruppo (*holding*) **tale corrispettivo potrebbe non riflettere il reale valore dei beni e dei servizi scambiati.**

10. Direzione e coordinamento e *transfer pricing* (brevi cenni)

Per quali ragioni può verificarsi tale disallineamento?

- ✓ eludere le disposizioni valutarie;
- ✓ incidere sulle richieste di aumenti salariali evidenziando profitti molto elevati;
- ✓ stimolare le autorità governative ad elevare il prezzo imposto in relazione all'aumento dei costi;
- ✓ ridurre i profitti delle controllate al fine di evitare le azioni negative negli Stati esteri;
- ✓ eludere eventuali oneri *anti-dumping*;
- ✓ ottimizzare il carico fiscale di gruppo canalizzando il reddito verso le società dislocate in giurisdizioni a fiscalità più mite, o verso quelle che fruiscono di vantaggiosi criteri di determinazione del reddito.

Contatti



Paolo Peroni
Avvocato,
Partner

Grazie per l'attenzione

Rödl & Partner

Ufficio di Milano:

Largo Donegani, 2

Tel.: +39 (02) 63 28 84-1

Fax: +39 (02) 63 28 84-20

Paolo.peroni@roedl.it

Rödl & Partner

Avvocati, Dottori Commercialisti e Revisori Legali
Attorneys-at-Law, Tax Consultants, Certified Public Accountants
Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer

Largo Donegani, 2
20121 Milano
Tel.: +39-02-6328841
Fax: +39-02-63288420

P.zza S.Anastasia, 7
00186 Roma
Tel.: +39-06-96701270
Fax: +39-06-3223394

Via F. Rismondo, 2/E
35131 Padova
Tel.: +39-049-8046911
Fax: +39-049-8046920

Piazza Walther- von- der- Vogelweide 8
39100 Bolzano
Tel.: +39-0471-1943200
Fax: +39-0471-1943220

Homepage: www.roedl.com/it