

## La clausola di “appartenenza al gruppo”.

-1. Una vicenda giurisprudenziale non molto lontana nel tempo dà modo di cogliere un aspetto problematico del fenomeno dei gruppi imprenditoriali diverso da quelli avvertiti nel codice civile dopo la riforma del 2003, che sono, essenzialmente, la tutela dei soci di minoranza delle società eterodirette e la tutela dei creditori delle medesime. Si tratta, piuttosto, di evitare che l'opzione del gruppo, e quindi la frammentazione degli enti giuridici cui si imputano le sue attività, conduca all'elusione di norme di ordine pubblico, e comunque di norme che vogliono realizzare interessi prevalenti rispetto a quelli organizzativi e imprenditoriali soddisfatti con quello strumento.

Nella fattispecie sulla quale si sono pronunciate le s.u. della corte di cassazione il rappresentante legale di tre società appartenenti allo stesso gruppo industriale conferisce ad un professionista l'incarico di studiare la strategia legale da seguire per far sì che –in un momento molto critico- il socio di comando conservi il controllo delle società interessate.

I rapporti fra tale consulente e le società del gruppo sono intensi e frequenti, e ciò spiega perché, quando affida l'incarico professionale all'avvocato, il rappresentante non spende il nome di una, o di due o di ciascuna delle tre società per le quali egli ha contemporaneamente il potere di agire in quanto presidente dei rispettivi cda.

In un secondo momento l'autorità di vigilanza chiede a due società del gruppo di rendere note al pubblico alcune informazioni, ed in particolare di comunicare al mercato se esse hanno allo studio iniziative volte a conservare il controllo della principale società industriale. Il comunicato è predisposto, oltre che da un terzo, anche dal presidente delle tre società e dal consulente, nella sua veste di amministratore di una delle due società, ma, ancor di più, di nuovo, quale consulente dell'intero gruppo.

Le società ingiunte omettono di inserire nel comunicato la notizia relativa alla precedente attività di studio, e nei giudizi successivi, nei quali si difendono dall'incolpazione di manipolazione del mercato, i tre esponenti e le due società adducono che committente dell'incarico di consulenza professionale era stata la terza società presieduta dal medesimo esponente. Rilevano che ogni società deve dare notizia al pubblico della sua attività e non anche dell'attività di altre società, pur appartenenti al medesimo gruppo.

La corte di cassazione (20935/2009) respinge questa argomentazione che giudica scorretta in quanto volta a distinguere le posizioni di società che invece, anche nel giudizio di merito sull'opposizione, gli stessi incolpati avevano descritto come “intimamente correlate”. In particolare, la corte considera inaccettabile che la persona fisica che curò la redazione del comunicato non vi

diede notizia dell'attività di studio che essa stessa era stata incaricata di compiere, e non giudica ammissibile eccepire a tal riguardo che in un primo tempo questo professionista aveva agito come consulente di una società del gruppo e in un secondo momento come consulente della società che della prima aveva il controllo, tanto più che in ambo i casi l'incarico di consulenza gli era stato conferito dal legale rappresentante delle due società.

Le sezioni unite ritengono che in questo caso la sostanza debba prevalere sulla forma; che quindi debbano cadere le barriere giuridiche fra le società del gruppo, onde considerare unitariamente tanto l'attività formalmente imputata a ciascuna società, quanto l'attività svolta dal consulente presso detti enti.

Può sembrare che la clausola di "appartenenza al gruppo", desumibile da questo capo della sentenza, rischi di divenire un'arma fin troppo appuntita nelle mani degli interpreti, che avrebbero modo di riferire ad un ente situazioni giuridiche conseguenti a comportamenti di un altro ente, appartenente allo stesso gruppo. Vi è il pericolo che in tal modo si frustri uno strumento di frazionamento dell'attività giuridica di cui la legge consente che i privati facciano uso, onde vi è da chiedersi se una simile operazione sia corretta sul piano interpretativo e opportuna in una prospettiva di politica del diritto.

La decisione va esaminata sotto due profili: come si perviene al risultato di imputare ad una società l'obbligo di dare notizia di un'attività che è stata compiuta da un'altra società?

In secondo luogo, la pronuncia è chiamata a stabilire quando abbattere le barriere fra i soggetti del gruppo, e quindi quando far prevalere la realtà della unità del gruppo sulla forma delle distinzioni soggettive.

-2. Il primo problema non sarebbe sorto se il giudice del merito e poi il giudice di legittimità avessero scelto una impostazione tradizionale e cioè se si fossero posti sul piano della rappresentanza, e, impegnandosi nella interpretazione del (primo) contratto di prestazione d'opera, avessero accertato in nome di quale o di quali delle tre società di cui aveva la rappresentanza si dovesse ritenere che il presidente avesse agito, pur non spendendone espressamente il nome. Ed è possibile che allora il ricorrente avrebbe avuto buon gioco nel sostenere che il mandato professionale era stato commissionato dalla terza società, quella che pose effettivamente in essere la strategia elaborata dal consulente per mantenere il controllo del gruppo in capo al socio di comando, che era poi l'unica delle tre società che non fu chiamata ad emettere alcun comunicato.

In effetti i giudici della s.c. non seguono questa via anche perché, come si è detto, in un primo momento era pacifico fra le parti che l'incarico professionale era stato conferito dal gruppo e nell'interesse del gruppo. E' questo il motivo per cui le s.u. deplorano che ora il ricorrente eccepisca

che la prima consulenza (quella mirata a difendere il controllo) fu svolta per incarico di una società diversa dalla società per la quale fu eseguita la seconda consulenza (la consulenza avente ad oggetto la redazione del comunicato) .

Ma, una volta che il giudice del merito non ha seguito questa via, non può farlo nemmeno la cassazione, la quale è quindi costretta ad utilizzare lo strumento concettuale della “riferibilità”, e a sostenere che, a prescindere dalla rappresentanza, il primo mandato professionale, e quindi lo studio nel quale esso si concluse, era “riferibile” a tutte le società del gruppo, a prescindere dalla individuazione della società che effettivamente stipulò il contratto.

Per ottenere questo risultato la corte postula che, ai fini dell'accertamento dell'illecito amministrativo della manipolazione del mercato, quando una persona fisica opera all'interno del gruppo, non sarebbe rilevante l'esistenza di un rapporto di servizio con un ente, ma sarebbe sufficiente “un collegamento oggettivo fra la violazione e la persona fisica”. Cioè, par di capire, per giudicare della liceità del comportamento della persona fisica che opera all'interno del gruppo bisogna prendere in considerazione indistintamente ogni atto da essa compiuto presso ogni società del gruppo. Per questa ragione, a giudizio della corte, il consulente non potrebbe eccepire che la sua opera fu prestata dapprima per una società e dipoi per una società diversa, giacché tale distinzione è irrilevante. La sua opera fu prestata indistintamente ad ogni società del gruppo.

-3. Peraltro, non vi è ragione di credere che la s.c. intenda “riferire” ad ogni società del gruppo ogni situazione giuridica di ogni altra società, e che quindi voglia sistematicamente unificare le figure soggettive del gruppo e i rispettivi patrimoni.

E' plausibile, invece, che tale operazione sia riservata a fattispecie particolari. I criteri che la corte sembra indicare per delimitare tali fattispecie sono la volontà unitaria e l'interesse comune alle società del gruppo.

La sentenza parla di volontà unitaria in riferimento al fatto che all'interno del gruppo vi è un accentramento del potere decisionale, e lo desume essenzialmente dal fatto che le tre società sono presiedute dalla stessa persona fisica. Avviene quindi che talune decisioni (nel nostro caso, il conferimento del mandato di studio e la redazione del comunicato al pubblico) siano assunte non tanto dalla capogruppo e poi imposte alle società controllate (come, in fondo, presuppone la disciplina del codice), quanto invece da una persona fisica nella quale si cumulano più investiture organiche. Per questa ragione e in questo senso appare formalistico alla corte distinguere di volta in volta sotto quale “cappello” la medesima persona fisica ha preso una decisione, e, viceversa, pare necessario riconoscere che i procedimenti decisionali delle società si sovrappongono e coincidono in una “unitarietà di intenti”.

La corte non ravvisa propriamente una coincidenza delle società, quasi vi sia una sorta di “fusione parziale” delle società, né intende imputare al “decisore reale” una volontà formalmente ascrivibile ad un altro ente, superando il velo della distinzione soggettiva. E nemmeno configura un nuovo soggetto, il gruppo, che “incorpora” (in tutto o in parte) le società che ne fanno parte, dando luogo ad un patrimonio ulteriore. Procede, piuttosto, ad imputare contemporaneamente a più soggetti taluni atti. Vi è un fenomeno di “imputazione plurima”, che scaturisce dal carattere unitario della volontà.

-4. In secondo luogo, perché si abbia questa “contitolarità” sembra essere richiesta l’esistenza di un interesse del gruppo, o di un interesse collettivo, che dir si voglia, ma nel senso che ciascuna delle società sia direttamente e singolarmente interessata al compimento dell’atto, e non nel senso che si configuri un interesse superiore a quello di ciascuna società, o che l’interesse di società capogruppo prevalga su quello delle società controllate.

Pertanto la unificazione delle società e dei loro patrimoni (nel senso di imputazione plurima) avverrebbe soltanto in relazione agli atti decisi “orizzontalmente” nel gruppo e limitatamente alle iniziative che toccano un interesse che fa capo a ciascuna società del gruppo. In questi casi opererebbe la clausola di “appartenenza al gruppo”, con la conseguente contitolarità degli atti.

-5. Può essere opportuno scegliere una lettura restrittiva della decisione, per giungere ad una applicazione limitata della clausola in discorso. Penserei quindi che l’interprete possa procedere alla imputazione plurima soltanto quando, in una ottica economica o, per usare il linguaggio dell’art.2497 c.c., soltanto quando la “corretta gestione societaria e imprenditoriale” non richiede che l’atto sia compiuto da una società a preferenza di un’altra, ma soltanto quando l’atto può essere compiuto indifferentemente da ciascuna società, perché non afferisce all’impresa di una, più che all’impresa di un’altra società, o perché afferisce indistintamente a ciascuna impresa.

Inoltre, l’imputazione plurima appare giustificata quando l’interesse tutelato dalla norma che rischia di essere disapplicata per mezzo del meccanismo del gruppo, cioè del frazionamento dei soggetti è giudicato peggiore rispetto all’interesse imprenditoriale (e quindi all’interesse di efficienza economica) perseguito mediante il gruppo stesso. Nel nostro caso è apparso alla corte prevalente l’interesse alla repressione della manipolazione del mercato finanziario rispetto all’interesse economico del gruppo.

In questi limiti la posizione della corte potrebbe essere condivisa, a meno che si preferisca sostenere che l’imputazione plurima può esservi soltanto se questa è la volontà effettiva delle parti,

e che negli altri casi è onere della legge disporre che una norma rivolta ad un ente si applica anche alle società controllate o controllanti, o comunque appartenenti al gruppo.